كتاب هداية

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه وأظهر شعائر الشرع وأحكامه وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين إلى سبل الحق هادين وأخلفهم علماء إلى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الإرشاد وخص أواخرهم بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي أن أشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الإطناب وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية أجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب مع ما أنه يشتمل على أصول تنسحب عليها فصول وأسأل الله تعالى أن يوفقني لإتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله تعالى في تحرير ما أقاوله متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله إنه الميسر لكل عسير وهو

وهو على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير والله أعلم

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلوة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين الآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلثة ومسح الرأس بهذا النص والغسل هو الإسالة والمسح هو الإصابة وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها قال والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى المغيرة بن شعبة أن النبي عليه السلام أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلث أصابع من أصابع اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلثا فإنه لا يدري أين باتت يده ولأن اليد آلة التطهير فتسن البداءة بتنظيفها وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد به نفي الفضيلة والأصح أنها مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح قال والسواك لأنه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالأصبع لأنه عليه السلام فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يمضمض ثلثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه عليه السلام ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الأذنان من الرأس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لأن النبي عليه السلام أمره جبريل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف

عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اكمال الفرض في محله وداخل اللحية
ليس بمحل له وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم قبل ان
تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله قال وتكرار الغسل الى الثلث
لان النبي عليه السلام توضأ مرة مرة فقال هذا وضوء من لا يقبل الله تعالى الصلوة
الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له الاجر
مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد
على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة
قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا
وعند الشافعي رحمه الله فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا
انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة
باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال ارادة
الصلوة او هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة
وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول
ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة
واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي يروى
من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي
حنيفة رحمه الله ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون
مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال و
يرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب
في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم
الاية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهو
لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء
والبداية بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن
في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء

قال والمعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين لقوله تعالى
او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما الحدث
قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فيتناول المعتاد وغيره والدم
والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء
ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما

روي عن النبي عليه السلام انه قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة
امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام
الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في
زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء
الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج
يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء
لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة
بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل
بالظهور على الانتقال والخروج وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن
ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله
قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج
المعتاد ولاطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس
في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول
علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم
واذا تعارضت الاخبار حمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه
زفر على الكثير والفرق بين المسلكين قد بيناه ولو قاء متفرقا بحيث
لو جمع يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد
السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك
عن ابي يوسف وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لا ينتقض الطهارة
وهذا اذا قاء مرة او طعاما او ماء فان قاء بلغما فغير ناقض عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ناقض اذا كان ملء الفم
والخلاف في المرتقي من الجوف واما النازل من الراس فغير ناقض
بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة
ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء
غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة
وان كان مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما
ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست
بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف

قال مجـ

نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم
مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع
سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط
بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح
لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل
فيه قوله عم لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل
بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث
في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس
ان لا تنقض وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا
في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عم الا من
ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا ومثله يترك القياس
والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا
له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة
دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من رأس الجرح
او سقط اللحم لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس
ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه
الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارج من قبل المرأة والذكر لانها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها
من الدبر وان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان
سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض
في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج
عن غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد
نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها
فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج **فصل في الغسل**
وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هو

ضوء

وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عم عشر من الفطرة اي السنة وذكر
منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانتا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان
كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال
الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عم انهما فرضان
في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه
ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه
ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان
فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عم
وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل
حتى لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد
باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا
بلغ الماء اصول الشعر لقوله عم لام سلمة رضي الله عنها يكفيك
اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف
اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال والمعاني الموجبة
للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم
واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله
عم الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب
والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل
اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند
ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما
ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء
الختانين من غير انزال لقوله عم اذا التقى الختانان وغابت الحشفة
وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره
وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب
على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان
السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذلك
النفاس بالاجماع وسن رسول الله عم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة

والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل
في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رح هو واجب لقوله عم من
اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ
ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي يوسف رح وهو الصحيح لزيادة فضيلتها
على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان
بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة
واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي
والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عم كل فحل يمذي وفيه الوضوء و
الودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به
والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض
يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها

باب الماء الذي يجوز به الوضوء الطهارة من الاحداث جائزة بماء
السماء والاودية والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء
طهورا وقوله عم الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه
ومطلق الاسم يطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه
ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء
الاربعة تعبدية فلا يتعدى الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من
الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رح
وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه
غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلي والمرق
وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ
وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به وتجوز الطهارة بماء خالطه شيء
طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران
والصابون والاشنان قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج
مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رح انه بمنزلة ماء الزعفران وهو
الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهما الله وقال
الشافعي رح لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من
جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف

خلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم
الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته فنه
الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به
لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر بالطبخ بعد ما خلط
غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار
غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه
لان الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب
ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء وقعت
فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رح يجوز
ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رح يجوز ان كان الماء
قلتين لقوله عم اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا ولنا حديث
المستيقظ من منامه وقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن
فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وماؤه كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه ابو داود و د لو
او هو يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة
جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء
والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله
وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك
الطرف الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب
الاخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية
فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو
ل قول ابي يوسف رح وعنه بالتحريك باليد وعن محمد بالتوضي ووجه الاول
ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة
عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى
والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله
في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه يتنجس
موضع الوقوع وعن ابي يوسف رح انه لا يتنجس الا بظهور النجاسة
فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه
كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوه وقال الشافعي رح

يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل
وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال اكله وشربه
والوضوء منه لان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت
حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها
النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك
والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا
انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه
لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل
غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو
الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم
وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء
ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر
الاحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما يقولان ان الطهور
ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي
ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو
طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره
يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطاهرة عملا بالشبهين
وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله هو طاهر غير طهور لان ملاقاة
الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس الا انه اقيم به قربة فتغيرت صفته كمال
الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله عم لا يبولن احدكم
في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء
ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه
وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث
او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف
وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة
لان الاستعمال انما يكون بانتقال نجاسة الاثام اليه وانها تزال
بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت
الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا

فعي له
طاهر

صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة
بعده والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم
الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد
كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب عنده والماء لعدم نية التقرب
وعند ابي حنيفة كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة
والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء
المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال
وهذا اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر جازت الصلوة
فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والادمي لقوله عم ايما اهاب دبغ فقد
طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد
عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي
في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة
واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس
منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما
رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا جلده
او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده
بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك
يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي
نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا يتالم بقطعها
فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر
وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم
الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته **فصل في البئر**
اذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة
لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الاثار دون القياس
فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء
استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه
الاستحسان ان الابار في الفلوات ليست لها رؤس حاجزة و
المواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة
ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة

وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث
والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة
او بعرتين قالوا يرمى البعر ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى
القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين وان وقع فيها خرء الحمام او العصفور
لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج
ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها
واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح
الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب
على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس
عندهما له انه عم امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما
قوله عم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه
يستحيل الى نتن وفساد كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي
انه عم عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي
لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة
وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة
او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث
انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من
ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفور ونحوها تعادل الفارة
في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق
الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح
منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون
وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال
في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان
الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى
به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او آدمي او كلب نزح
جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله

كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها
صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا
لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة
مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلي او ترسل فيها قصبة
ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم
انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذا عن ابي يوسف وعن محمد
ينزح منها مائتا دلو او ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة
في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما
هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا
اشبه بالفقه وان وجدوا في البئر فارة او غيرها ولا يدرى متى وقعت
ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا
كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت وتفسخت اعادوا صلوة
ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس عليهم اعادة
شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن
راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة ان للموت
سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ
والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك
ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قيل المعلى هي على هذا الخلاف
فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب مرئي
عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان

فصل في الاسار وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه
وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب ولعابه طاهر
لتولده من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر
الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عم يغسل الاناء من ولوغ
الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء
اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي
في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سؤره
وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير

نجس العين على ما مر وسور سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رح فيما سوى الكلب
والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسور
الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف غير مكروه لان النبي عم كان يصغي
لها الاناء فتشرب منه ثم توضأ به ولهما قوله عم الهرة سبع والمراد
بيان الحكم دون الخلقة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت
الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم
تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم
ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة
لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف
ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسور الدجاجة المخلاة مكروه
لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قد ميها
لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع الطير لانها تاكل
الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة يعلم
صاحبها انها لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية
وسور ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت
نجاسة السؤر الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة و
التنبيه على العلة في الهرة وسور الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك
في طهارته لانه لو كان طاهرا كان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء
وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه
وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا سوره وهو
الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته
وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي
حنيفة رح انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنز لته
فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز
الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا
ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما
لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد
الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان
النبي عم توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ

ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي عملا باية
التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رح
يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتيا طا
قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت
الصحابة رضي الله عنهم وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز
عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوق الوضوء والنبيذ المختلف فيه
ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما
لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف
وان اشتد فعند ابي حنيفة رح يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند
محمد لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة
جريا على قضية القياس والله اعلم

باب التيمم

ومن لم يجد ماء
وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد
لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عم التراب طهور
المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه
يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف
الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف
ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض
فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق
بين ان اشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف
وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد
او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان
في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه
الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره
والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين
لقوله عم التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين
وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب
في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع
وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفا س
لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلعم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرما ل

ولا يجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال ع م عليكم
بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض
كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رح
لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب خالصا وهو رواية
عن ابي يوسف لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس
غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار
عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر رح
ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن
القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه
على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا تشترط نية التيمم
للحدث والجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم
لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة
دة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة
ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح
بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة
لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضا لا يريد به الاسلام
ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم
ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رح يبطل تيممه لان
الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا
ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض
على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء
ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا
قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية
التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي
حنيفة قادر تقديرا والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء
فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه

ولانه الة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو
يرجوه ان يؤخر الصلوة الى اخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع
الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف
في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه
الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء
من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية
ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان
تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف
ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي
غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو
الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام والمقتدي ى
في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق
يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض
يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم
وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته
فيفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة
صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد
ته وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي ما فاته
لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله
فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره
في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب
فنسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه
لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا
للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر
يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو التيمم وليس
على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم
الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه

ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم
يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا المتيمم كيلا ينقطع عن رفقته وان
كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه
منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة لانه لا يلزمه
الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى
ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه
تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط **باب المسح على الخفين**
المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من
لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان ماجورا
ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث
خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى
وبحدث متأخر لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة
اذا لبس ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا
وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس
بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه
ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث
بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة
عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة ايام
ولياليها لقوله عم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها
قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فتعتبر المدة
من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع
الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عم وضع يديه على خفيه ومدهما
من الاصابع خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن
الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به
الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض
ذلك مقدار ثلاثة اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل و
الاول اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين
منه مقدار ثلاثة اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال
زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل البا قي

الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في
النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير ان ينكشف قدر ثلاثة اصابع من اصابع
الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فقام
مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان
لا ينفرج الاصابع عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع
الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع
السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير
النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال قال
كان رسول الله صلعم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام و
لياليها الا عن جنابة ولكن من بول وغائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر
عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء
ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث
الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل
والمسح في وظيفة واحدة وكذا ينقضه مضي المدة لما روينا واذا
تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية
الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة لان عند النزع يسري الحدث
السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم
الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ
المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة ايام ولياليها عملا
باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا
استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع
ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر
لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن
لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل
لا يكون له بدل ولنا ان النبي عم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف
استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن
الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف
فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح
بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين

عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا
ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عم مسح على جوربيه ولانه يمكنه
المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان
يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكنه مواظبة
المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما
وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين
لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجباير
وان شدها على غير وضوء لانه عم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به و
لان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى
بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رح ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت
فان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قايم والمسح
عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء
بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل والله اعلم

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عم اقل
الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام
وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف انه يومان
والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن
تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزايد استحاضة لما روينا
وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزايد والناقص استحاضة
لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة
والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف لا تكون
الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن
الصافي ولهما ما روي ان عايشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض
الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فتخرج الكدرة
اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المراة اذا كانت
من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد المنبت ولا تكون حيضا
والحيض يسقط عن الحايض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام
ولا تقضي الصلوات لقول عايشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد

على عهد رسول الله صلعم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي
الصلوات ولان في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء
الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد
لحايض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه
العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها
زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحايض والجنب و
النفساء قراءة القران لقوله عم لا تقرا الحايض ولا الجنب شيئا من القران
وهو حجة على مالك في الحايض وهو باطلاقه يتناول ما دون الاية
فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه
ولا اخذ درهم فيه سورة من القران الا بصرته وكذا المحدث لا يمس
المصحف الا بغلافه لقوله عم لا يمس القران الا طاهر ثم الحدث والجنابة
حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل
كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف
كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة
ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القران و
في الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم
الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر
تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع
ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على
الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها
فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث
لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة
غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام
حل وطؤها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب
قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين الدمين
في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات
عن ابي حنيفة رح ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع
فيعتبر اوله واخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو

عن ابي حنيفة وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر
لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة العدم و
الاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر
خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله ولانه لا يعرف الا توقيفا
ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا
اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب
الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلوة ولا الوطي
لقوله عم توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة
ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام
ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة
لقوله عم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة
يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدات مع البلوغ مستحاضة فحيضها
عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم
والجرح الذي لا يرقي يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة
لكل مكتوبة لقوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها
ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عم المستحاضة
تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت
يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا
فيدار الحكم عليه فاذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستانفوا الوضوء لصلوة
اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر استانفوا اذا دخل
الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر
وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف وزفر اجزاهم حتى
يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت
بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان
عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال ل
كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة
الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة

مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة رح
على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال
الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة
حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو
الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته ومرة اخرى
فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت
المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي
ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناه وهو من ذكرناه ومن به
استطلاق البطن او انفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة
لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى
الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة
وان كان ممتدا وقال الشافعي رح حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم
ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج
الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لانه ينفتح فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير
نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس
لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه
بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها
ان النبي عم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رح في اعتباره
الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك
ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم
تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان
ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف
وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول زفر رح
لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي
العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح
بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف
اليها فيتناول الجميع والله اعلم **باب الانجاس وتطهيرها** تطهير النجاسة

واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك
فطهر وقال عم حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا
في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل
الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مايع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد
ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
والشافعي رحمهم الله لايجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس
لايفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما
ان المايع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة
فاذا انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لايفرق بين
الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة
لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز
وهذا استحسان وقال محمد لايجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان
المتداخل في الخف لايزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما
نذكر ولهما قوله عم فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان لصلابته م
الارض لهما طهور ولان الجلد لايتداخله اجزاء النجاسة الا قليل
ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لايجوز
حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف انه
انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى و
اطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه بول فيبس لم يجزه
حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب د ب
يجذبها وقيل ما يتصل به من التراب والرمل جرم له والثوب لايجزي فيه
الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة
فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب
اجزاء فيه الفرك لقوله عم لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان
رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رح المني طاهر والحجة عليه
ما رويناه وقال عم انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو
اصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن
ابي حنيفة انه لا يطهر لان حرارة البدن جاذبة فلا تعود الى الجرم والبدن

والبدن لايمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المراة او السيف اكتفي
بمسحهما لانه لاتتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت ب ت
الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على
مكانها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لاتجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا
لايجوز التيمم به ولنا قوله عم ذكوة الارض يبسها وانما لايجوز التيمم
لان الطهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت
بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر
وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم يجز وقال زفر
والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل
ولنا ان القليل لايمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا
عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو
قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير
المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في
الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة
لانها ثبتت بدليل مقطوع به وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت
الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب ويروى ذلك عن ابي حنيفة رح
لان التقدير بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام
وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالميزر وقيل ربع الموضع
الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف شبر في شبر وانما
كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته
او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث
او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رح لان
النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عم رمى بالروثة وقال هذا
رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف
بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت
التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة
بول م في التخفيف بخلاف الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد
اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رح في غير مأكول

اللحم ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى
أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك
رجوعه في الخف يروى وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يمنع وإن فحش لأن بول
ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
ولحمه مأكول عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالتخفيف لتعارض الآثار و
إن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم أجزأت
الصلوة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تجوز فقد قيل إن
الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الأصح هو يقول
لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما أنها تذرق من الهواء والتحامي
متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل لا يفسده
لتعذر صون الأواني عنه وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل
أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلوة فيه أما دم السمك فلأنه
ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه الكثير
الفاحش فاعتبره نجسا وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه
فلا يتنجس به الطاهر فإن انتضح عليه البول مثل رؤس الإبر فذلك
ليس بشيء لأنه لا يستطاع الامتناع عنه قال والنجاسة ضربان
مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لأن النجاسة
حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها إلا أن يبقى من أثرها ما يشق
إزالته لأن الحرج موضوع شرعا وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد
زوال العين وإن زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس
بمرئي فطهارتها أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر لأن
التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن
كما في أمر القبلة وإنما قدروا بالثلث لأن غالب الظن يحصل عنده
فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ
من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لأن النبي عليه السلام واظب عليه
ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لأن المقصود هو الإنقاء
فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله لا بد

ن

من الثلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلثة أحجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر
فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والإيتار يقع على الواحد وما رواه
متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلثة أحرف جاز بالإجماع وغسله بالماء
أفضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت في أقوام يتبعون
الحجارة بالماء ثم هو أدب وقيل سنة في زماننا ويستعمل الماء إلى أن
يقع في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة
مخرجها لم يجز فيه إلا الماء وفي بعض النسخ إلا المائع فهذا يحقق
اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لأن
المسح غير مزيل إلا أنه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم المعتبر
المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا
بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك
ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي
العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لأنه إضاعة وإسراف و
لا بيمينه لأن النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله أعلم

كتاب الصلوة

باب المواقيت

أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الأفق
وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث إمامة جبريل عليه السلام فإنه أم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الأول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين أسفر
جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت
لك ولأمتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا
ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل وإنما
الفجر المستطير في الأفق أي المنتشر فيها وأول وقت الظهر إذا زالت
الشمس لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول حين زالت الشمس وآخر وقتها
عند أبي حنيفة إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا إذا
صار ظل كل شيء مثله وهو رواية عن أبي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي
يكون للأشياء وقت الزوال لهما إمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول العصر
في هذا الوقت وله قوله عليه السلام أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم وأشد
الحر في ديارهم في هذا الوقت وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك

آن في خ

وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب
الشمس لقوله عم من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد
أدركها وأول وقت المغرب إذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق
وقال الشافعي رح مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لأن جبريل عم أم في اليومين
في وقت واحد ولنا قوله عم أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره
حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض
الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة وقالا هو الحمرة وهو رواية عن أبي
حنيفة وهو قول الشافعي رح لقوله عم الشفق الحمرة وله قوله عم وآخر وقت
المغرب إذا اسود الأفق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره
مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وأول وقت العشاء
حين إذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عم وآخر وقت العشاء
حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل وأول وقت
الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عم في الوتر فصلوها ما بين العشاء
إلى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند أبي حنيفة رح وقته وقت
العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب
الإسفار بالفجر لقوله عم أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر وقال الشافعي
يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والإبراد
بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما رويناه ولرواية أنس رضي الله عنه أن
النبي عم إذا كان في الصيف أبرد بها وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء
والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو
أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين وهو الصحيح والتأخير إليه مكروه ويستحب
تعجيل المغرب لأن تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عم لا تزال
أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء قال وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل
لقوله عم لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأن فيه
قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير إلى
نصف الليل مباح لأن دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب
وهو قطع السمر بواحد فتثبت الإباحة وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل
الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل أن يو
آخر الليل وإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لقوله عم من خاف أن لا يقوم

أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر
الليل وإذا كان اليوم يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها
وفي العصر والعشاء تعجيلهما لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر
وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لأن تلك
المدة مديدة وعن أبي حنيفة رح التأخير في الكل للاحتياط ألا ترى أنه يجوز
الأداء بعد الوقت لا قبله **فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلوة**
لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند
غروبها لحديث عقبة رضي الله عنه قال ثلثة أوقات نهانا رسول الله
عم أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع و
وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد
بقوله وأن نقبر صلوة الجنازة لأن الدفن غير مكروه والحديث بإطلاقه
حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة وحجة على أبي يوسف في إباحة النفل
يوم الجمعة وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة معنى
تلاوة لأنها في معنى الصلوة إلا عصر يومه عند الغروب لأن السبب هو الجزء
القائم من الوقت لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده ولو تعلق بالجزء
الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجب
بخلاف غيرها من الصلوات لأنها وجبت كاملة فلا يتأدى بالناقص
قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
الكراهة حتى لو صلاها فيه أو تلا سجدة فيه فسجدها جاز لأنها أديت ناقصة
كما وجبت إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره أن يتنفل بعد الفجر
حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي أنه عم نهى عن ذلك ولا بأس
بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة
لأن الكراهة لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم يظهر
في حق الفرائض وفيما وجب بعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور
لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع
فيه ثم أفسده لأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى
ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عم لم يزد عليهما
مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير
المغرب ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ لما فيه من الاشتغال

عن استماع الخطبة باب الاذان الاذان سنة للصلوات
الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن
الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع صوته بالشهادتين
بعد ما خفض بهما وقال الشافعي رح فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان
النبي عم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما
فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين
لان بلالا رضي الله عنه قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي عم
راقدا فقال ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت
نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت
الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو مشهور وهو
حجة على الشافعي رح في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة
ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عم لبلال اذا اذنت فترسل
واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان
النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول
المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة
ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم وان استدار في صومعته
فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه
مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة
فلا والافضل للموذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عم
بلالا رضي الله عنه ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست
بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح
مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه
العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب
احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به
لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في
الامور الدينية وقال ابو يوسف لا ارى باسا بان يقول الموذن للامير
في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على
الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رح لان الناس
سواسية في امر الجماعة وابو يوسف رح خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم

لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي
ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وعند ابي حنيفة رح وقالا يجلس
في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع
بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين و
لابي حنيفة رح ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل احترازا عنه والمكان
في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة
وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه
قال يعقوب رايت ابا حنيفة رح يوذن في المغرب ويقيم ولا يجلس فهذا يفيد
ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عم وليوذن
لكم خياركم ويوذن للفائتة ويقيم لانه عم قضى الفجر غداة ليلة التعريس
باذان واقامة وهو حجة على الشافعي رح في اكتفائه بالاقامة فان فاتته
صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن
واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة
لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رح انه
يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يوذن و
يقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة وكان
الوضوء فيه استحبابا كالقراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلوة ويروى لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين
ويروى يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان
يوذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين
وهو ان للاذان شبها بالصلوة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين
دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء
واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول
فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه
ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع
دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون
الاذان والاقامة قال وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد
ليقع على وجه السنة ولا يوذن للصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت
لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف رح هو قول

الا انه يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة
على الكل قوله عم لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين الفجر هكذا ومد
يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عم لابني ابي مليكة رضي الله عنهما
اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز
لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة
لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان
واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه
اذان الحي يكفينا والله اعلم بالصواب. **باب شروط الصلوة التي تتقدمها**
قال يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه
قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر
عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل
صلوة وقال عم لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت
السرة الى الركبة لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى
ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة
خلافا لما يقوله الشافعي رح والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى
نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عم الركبة من العورة وبدن
الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عم المراة عورة مستورة
واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص
على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت
وربع ساقها او ثلثها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل
من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه
اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد
القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح
الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير
الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف
لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما
وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر
يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة

عنه

ه

رحمه الله

عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك
من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها
بذوات المحارم في جميع الرجال دفعا للحرج قال ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة
صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا
يصلي عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل
من الربع فكذلك عند محمد رح وهو احد قولي الشافعي رح لان في الصلوة فيه
ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل
لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق
المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون
تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها
ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله
اصحاب رسول الله صلعم فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة
الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول
افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء
خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل
بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء
الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز
الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو
عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة
لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط
ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك
لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان
كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف
الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه
فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى
فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا
عنها ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان

حق

مع الركوع والسجود

خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان
اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلعم
ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار
فوق التحري فان علم انه اخطأ بعدما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رح
يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطاء ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه ج
الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة
استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئتهم واستحسنه النبي عم وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب
العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة
مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى
جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة
التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه
تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطاء وكذا لو كان متقدما عليه لتركه

فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة
لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا
لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع
والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد
لقوله عم لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت
هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى
ذلك سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم
السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة
الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين
والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها
هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال
واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عم تحريمها التكبير وهو شرط عندنا
خلافا للشافعي رح حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع
هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا
انه عطف الصلوة عليه في قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر

تكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع
التكبير وهو سنة لان النبي عم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة
وهو المروي عن ابي يوسف رح والمحكي عن الطحاوي رح والاصح انه يرفع يديه
اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع يديه
حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي رح يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة
القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عم
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء بن عازب وانس
رضي الله عنهم ان النبي عم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد
لاعلام الاصم وهو قائم وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء
منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن
اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر الله الاكبر الله الكبير وقال
الشافعي رح لا يجزيه الا بالاولين وقال مالك رح لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول
والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام
مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء
بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير
هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها
بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه
اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية
لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما
ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى
كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رح قوله تعالى
وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا
انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى
الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف
في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة
الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان
يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته

على الاثبات

فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله
وقيل لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى
على اليسرى تحت السرة لقوله عم ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت
السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر
لان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة
القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى يرسل حالة الثناء والاصل
ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة
القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد
ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف انه يضم
اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه انه عم كان
يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي عم كان اذا افتتح
الصلوة كبر وقرا سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره لا يزيد على هذا و
ما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي
في الفرائض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية به هو
الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرات القرآن فاستعذ
بالله معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون
الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلوناه حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي
ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في
المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام
وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند
الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو
محمول على التعليم لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عم كان لا يجهر بها
ثم عن ابي حنيفة رح انه لا يأتي بها في كل ركعة كالتعوذ وعنه انه
يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا
عند محمد رح فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب
وسورة معها او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة
لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي رح في الفاتحة
ولمالك رح فيهما له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها

معها وللشافعي رح قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا
ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا
بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم
لقوله عم اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رح في قوله عم
واذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره
فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد
خطاء فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط
لان النبي عم كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان
المد في اوله خطاء من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من
حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عم لانس
رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك
ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم
الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره
لان النبي عم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه
لان النبي عم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي
العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه
سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه
ويقول الامام سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها
الامام عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره
فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا
لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع
عندنا خلافا للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف
موضوع الامامة وما رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع
بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد
والامام بالدلالة عليه آت به معنى قال واذا استوى قائما كبر وسجد اما
التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة
بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحهما الله

وقال ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي رح لقوله عم ثم قم فصل
فانك لم تصل قاله لاعرابي لما اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء
والسجود هو الانخفاض لغة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في
الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث
قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة
سنة عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني رح وفي تخريج الكرخي رح
واجبة حتى يجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان
وائل ابن حجر وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم
على راحتيه ورفع عجيزته ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه
لما روى انه عم فعل كذلك قال ويسجد على انفه وجبهته لان النبي واظب
عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على
الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة
اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو
المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور
ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع
القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته
او فاضل ثوبه جاز لان النبي عم كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عم
صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عم
وابد ضبعيك ويروى وابدح من الابداح وهو المد والاول من الابداء
وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد جافى بطنه
حتى ان بهيمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف
لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عم اذا سجد
المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم واذا سجد احدكم فليقل
في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان
يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عم كان يختم
بالوتر فان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير
ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما
فلا يزاد على النص والمرأة تخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان

لان ذلك استر لها قال ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن
جالسا كبر وسجد لقوله عم وفي حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى
تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد
وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب
لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى حال الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا
فيتحقق الثانية فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما
على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رح
يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عم فعل ذلك
ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عم كان ينهض في الصلوة على
صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة
والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الاولى لانه تكرار
الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع
يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي رح في الركوع والرفع منه لقوله
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت
وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول
على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه واذا رفع راسه من السجدة
الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى
نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود
رسول الله عم في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد
يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه الى
القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من
الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوة والسلام
عليك ايها النبي الى آخره وهذا تشهد ابن مسعود رضي الله عنه فانه قال
اخذ رسول الله صلعم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن
وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس
رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام
عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره لان فيه الامر
واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي
لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى

لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلعم التشهد في وسط الصلوة
والاخر فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد وان كان آخر الصلوة
دعا لنفسه بما شاء ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث قتادة
ان النبي عم قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان
القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة
كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولانها
اشق على البدن فكان اولى من التورك الذي يميل اليه مالك رحمه الله والذي يروى انه عم
قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا
وصلى على النبي عم وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عم
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان
شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة اما
مرة واحدة كما قاله الكرخي او كلما ذكر عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا
مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما يشبه الفاظ
القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
وقال له النبي عم ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة
على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن
الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله
اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من
كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول الاستعمال فيما بين العباد يقال
رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن
يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي كان يسلم
عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده
الايسر وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة و
كذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من
لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية
امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان
بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد رحمه الله و
هو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي
الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح

هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم
قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام واجبة
عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي له هو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رض والتخيير ينافي الفرضية
والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين
من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المأثور
المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام
في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل
هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر
وان كان بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليس فيها قراءة
مسموعة وفي عرفة خلاف مالك له والحجة عليه ما رويناه ويجهر
في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار
يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له
فيكون تبعا ومن فاتته العشاء فصليها بعد طلوع الشمس ان ام فيها
جهر كما فعل رسول الله عم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان
كان وحده خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او
بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء
في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين و
ان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة
وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقضي
واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما
وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب
عليها السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة وهذا
خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه
المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها
ان كانت متأخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل
وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع
وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره

وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت
وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة
فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل
كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى
ما يجزئ من القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث ايات قصار
او اية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الاية وله
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران من غير فصل الا ان ما دون الاية
خارج والاية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي
سورة شاء لما روي ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين
ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى
وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان في امنة وقرار يقرأ في الفجر
نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ
في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين اية او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب
ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر
ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط
ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة
الاشتغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت
وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال
والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك
يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه
ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي
المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر
والعشاء يستحب فيهما التاخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت
فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على
ادراك الجماعات قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها
لما روي ان النبي عم كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها
ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار
بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث

من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان
بما دون ثلث ايات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في
شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره
ان يوقت بشيء من القران لشيء من الصلوة لما فيه من هجران الباقي
وايهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رح
في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا
قوله عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات
والاستماع قال عليه السلام اذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل
الاحتياط فيما يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع
وينصت وان قرأ الامام اية الترغيب والترهيب لان الاستماع
فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به
وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عم لفرضية الاستماع
الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه الاية فيصلي
السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط السكوت اقامة لفرض
الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم
بالسنة وعن ابي يوسف رح اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى
العلم اذا نابت ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر
الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عم يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى
فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان اعلمهم لانهم كانوا
يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان
تساووا فاورعهم لقوله عم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي
فان تساووا فاسنهم لقوله عم وليؤمكما اكبركما ولان في تقديمه تكثير
الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة
وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء
تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف كل بر و
فاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة

اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة
لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة
فان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك
وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن
صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه عم صلى به واقامه
عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد رح انه يضع اصابعه عند عقب الامام
والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه
خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف رح يتوسطهما
ونقل ذلك عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه ولنا انه عم تقدم على انس
واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان
يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عم اخروهن من حيث اخرهن الله
فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح
والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله
ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار
انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه
القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه
مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة
متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عم ليليني منكم اولو الاحلام
والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان
في صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو
قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه
من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام
فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو
امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها خلافا
لزفر الا يرى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما
تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان
والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط
المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة
من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف

بخلاف غيرها من جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب
منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة
فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق
انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء هم نائمون وفي المغرب
بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره و
لا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان
الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى
تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف
العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضين وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة
بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم
الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف
يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة
ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم
ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عم صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه
قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام
مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف
المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رح ولا يصلي المفترض خلف
المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق
البناء على المعدوم قال ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان
الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رح يصح في ذلك
لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى
ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود
في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد
لقوله عم من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا
وفيه خلاف الشافعي رح بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في
الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم
فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور

ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة
ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته
وهذا لانه لو اقتدى بالقارئ تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة
وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان
يصلي الامي وحده والقارئ وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة
في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت
صلوتهم وقال زفر رح لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة
صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي
لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد **باب الحدث**
في الصلوة ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف
وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رح لان الحدث
ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث عمدا ولنا قوله عم
من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته
ما لم يتكلم وقال عم اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم
من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف
افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والمقتدي يبني صيانة
لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه
والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل
ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة
وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية
عن محمد رح لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على
قصد الاصلاح الا يرى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد
الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت
لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف
حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه
لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له
حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم تكن فمقدار الصفوف
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم
او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به

ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو
قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو
ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة
لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد
التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به
وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته
لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان
فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما
قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه
بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا
فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القارئ
فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان
ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره
كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة رح وقيل الاصل فيه
ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رح وليس بفرض
عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال
الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رض
وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل الى الفرض
الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد
حتى يجوز في حق القارئ وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية
الامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزأه
لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر
على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم
فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام
يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث
متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد
في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول
ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم يحدث

الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي
لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد
لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا
ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة
مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان
الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد
بخلاف السلام لانه منهي والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود
القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى
ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق
فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة
فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجد اعاد الركوع والسجود وهذا
بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه لان
الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة
الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من
المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول
لقطع المزاحمة ولا مزاحم ههنا ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه
حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من
لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح
للامامة **باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها** ومن تكلم في صلوته عامدا
او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رح في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث
المعروف رفع عن امتي الخطأ والنسيان ولنا قوله عم ان صلوتنا هذه
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن
وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر
ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب وان
ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها
لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه
اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رح ان
قوله آه لم يفسد في الحالين وقوله اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة

ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان
كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا
لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام
المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن
مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو
كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله
وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم
بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف
جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح
المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في
الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع
الصغير لان الكلام نفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن
كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى
وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع
عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام
لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان
لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى
ولو اجاب في الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يكون مفسدا وهذا الخلاف
فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام
مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح
وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عم اذا نابت
ع احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع
فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى
منها ركعة فهي هي ويجتزئ بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه
فلغت نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته
عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا
انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه
وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا

لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان هـ ولو نظر الى مكتوب وفهمه
فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث
يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هناك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير
وان مرت امرأة بين يدي المصلي لا يقطع الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور
شيء الا ان المار آثم لقوله عم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر موضع
لوقف اربعين هـ وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على قيل ولا يكون بينهما حائل
ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان هـ وينبغي لمن يصلي
في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين
يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى
في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان تكون في غلظ
الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود هـ ويقرب من
السترة لقوله عم من صلى الى سترة فليدن منها هـ ويجعل السترة على حاجبه
الايمن او على الايسر به ورد الاثر هـ وسترة الامام سترة للقوم لانه عم
صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة هـ ويعتبر الغرز دون الالقاء
والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرء المار اذا لم يكن بين يديه سترة
او مر بينه وبين السترة لقوله عم فادرءوا ما استطعتم هـ ويدرء بالاشارة
كما فعل رسول الله صلعم بولدي ام سلمة رضي الله عنها او يدرء بالتسبيح لما روينا
من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية **فصل** ويكره للمصلي ان
يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله تعالى كره لكم ثلثا وذكر منها العبث
في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة و
لا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عم
مرة يا ابا ذر والا فذر ولانه فيه اصلاح صلوته هـ ولا يفرقع اصابعه
لقوله عم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي هـ ولا يتخصر وهو وضع اليد على
الخاصرة لانه عم نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون
ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت هـ ولو نظر بمؤخر
عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ
اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي
ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي
اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه

اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح هـ ولا يرد السلام بلسانه
لانه كلام هـ ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته
ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود هـ ولا يعقص شعره وهو
ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عم
نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص هـ ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر هـ ولا يسدل
يسدل ثوبه لانه عم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل
اطرافه من جوانبه هـ ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان
اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة
ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم
في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف
ما اذا كان سجوده في الطاق هـ ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما
قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام هـ ولا بأس ان
يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع
في بعض اسفاره هـ ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق
لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط فيه
تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة و
اطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف
او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبرئيل صلى الله عليه وسلم
انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة هـ ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو
للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد وان كان التمثال مقطوع الرأس
اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى
الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على
بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة
او كانت على الستر لانه تعظيم لها هـ واشدها كراهة ان تكون امام المصلي
ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على يساره ثم خلفه هـ ولو لبس ثوبا فيه تصاوير
يكره لانه يشبه حامل الصنم هـ والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها
وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره
تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد هـ ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة
لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل

فاشبه وراد المأثور ويستوي جميع انواع الكتاب هو الصحيح لاطلاق ما رويناه
ويكره عد الآي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عد السورة لان ذلك
ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا بأس بذلك في
الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا
يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده **فصل**
ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عم نهى عن ذلك ه والاستدبار يكره
في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير
موازي للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازي
لها وما ينحط منه ينحط اليها ه ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان
سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد
والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه
ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس اذا خيف
على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ه ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص و
الساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل
هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع
الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن **كتاب**
صلوة الوتر الوتر واجب عند ابي حنيفة ره وقالا سنة لظهور آثار
السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله عم ان الله
زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب
ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو
المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي باذانه و
اقامته ه قال الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي
الله عنها انه عم كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال
الشافعي ره وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك ره والحجة عليهما ما روينا
ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي ره بعده لما روي انه عم قنت
في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عم قنت قبل الركوع وما زاد
على نصفه فهو آخره ه ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي ره في غير النصف
الاخير من رمضان لقوله عم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في

هذا في وترك من غير فصل ه ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب
وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ه واذا اراد ان يقنت
كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ه ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي ره
في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه
فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف ره يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه
منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل
يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت
المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر
واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به
والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء والله اعلم **باب النوافل** السنة ركعتان
قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان
بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه
قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في
الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء
وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة
على ما عرف من مذهبه ه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله رسول الله صلعم
وفيه خلاف الشافعي ره ونوافل النهار ان شاء بتسليمة ركعتين وان شاء
اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة ره ان صلى
ثماني ركعات بتسليمة جاز ويكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين
بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم
لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى
وعند ابي حنيفة ره فيهما اربع اربع للشافعي ره قوله عم صلوة الليل والنهار
مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة ره انه عم كان يصلي بعد العشاء
اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان النبي عم يواظب على الاربع في الضحى

ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان
يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح
تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا فصل
القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عم
لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر
مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية
استدلالا بالاولى لانهما تتشاكلان من كل وجه واما الاخريان تفارقان الاوليين
في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا تلحقان بهما والصلوة فيما
روى مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي ركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي
صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت
وان شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة رح وهو المأثور
عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عم
داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية م والقراءة
واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة
على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى
الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر
فللاحتياط م قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي لا قضاء
عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزم الاتمام
ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد
الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة
تحريمة مبتداة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما
ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه
يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة
له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا
سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة
وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة رح
ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل
فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال م وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول

لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن
زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد
الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة م وعند ابي حنيفة رح ترك القراءة في
الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع
صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا
بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع
الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين
عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم
يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رح فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فسد الكل فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة (غير القراءة فيه)
لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب
فساد الشفع الاول م ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين
بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف
ان صح فقد اداه ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء
الاخريين بالاجماع م ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء
الاوليين بالاجماع م ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى
قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رح لان التحريمة
باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد
انكر ابو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة انه يلزمه
قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه م ولو قرأ في احدى الاوليين (لبين)
لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين م ولو قرأ في احدى الاخريين
لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عم
لا يصلي بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون
بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها م ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة
على القيام لقوله عم صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة
خير موضوع فربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا
في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا
في الصلوة م وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان (ن)
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر

القيام فيما بقي ولما باشر صحيحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم
ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ رحمهم الله ومن كان خارج المصر
يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال
رايت رسول الله صلعم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء
ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال
تنقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض مختصة بوقت
والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة انه ينزل لسنة الفجر لانها
آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر
وعن ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد
خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع راكبا
ثم نزل بنى وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب
انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح
واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك
ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد
اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر **فصل** في قيام رمضان
يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم
خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى
الحسن عن ابي حنيفة لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عم بين العذر
في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة
لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو
اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رضي
يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار ترويحة
وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة
على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء
قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ رحمهم الله والاصح ان وقتها بعد العشاء
الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر
قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة

بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله تعالى
اعلم **باب ادراك الفريضة** ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى
صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد
الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع
للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل
الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي
يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر
حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث
يقطعها لانه محل الرفض وتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي
الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة
لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع
ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى
الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام
لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية
لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل مسجدا
قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عم لا يخرج من المسجد بعد النداء
الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ممن ينتظم به امر جماعة
لانه ترك صورة وتكميل معنى فان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء
فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة
لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج
وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر
ولم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر
عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما
دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة
الظهر حيث يتركها في الحالتين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما
الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما
ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد
يدل على الكراهة في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن
والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عم قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيها

لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح
قال ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان
يقضيهما الى وقت الزوال لانه عم قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة
ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب
والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى
تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف
المشايخ رحمهم الله واما سائر السنن سواها فلا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف
المشايخ في قضائها تبعا للفرض قال ومن ادرك ركعة من الظهر ولم يدرك الثلث
فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر
الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا
يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بجماعة قال ومن
اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت
ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة
الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل
وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عم
واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان
لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت قال
ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك
الركعة خلافا لزفر هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة
في افعال الصلوة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع قال ولو ركع المقتدي قبل امامه
فادركه الامام فيه جاز وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا
ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول والله اعلم بالصواب

باب قضاء الفوايت ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض
الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوايت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب
لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم من نام عن صلوة او نسيها
فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي
صلى مع الامام قال ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب
يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوايت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية
ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره بخلاف ما اذا كان في الوقت

سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث قال ولو فاتته
صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق
فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي قال الا ان تزيد الفوايت على ست صلوات
لان الفوايت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوايت نفسها كما سقط بينها وبين
الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوايت ستا بخروج وقت الصلوة السادسة وهو المراد
بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزاته التي بدا بها
لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد انه اعتبر دخول وقت السادسة
والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول قال ولو اجتمعت
الفوايت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوايت وقيل لا تجوز
ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوايت حتى قل ما بقي
عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة
وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوايت جايزة على كل حال والوقتيات
فاسدة ان قدمها لدخول الفوايت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء
الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل
الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسد الفرض
لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا
بطلت الفرضية بطلت التحريمة اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن
من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست
صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جايزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد فسادا
باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه
لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده
سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرايض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء
ثم توضا وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء
والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد
ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا
قوله عم لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عم سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت
روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى
لو سهى عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية وياتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا

للسلام المذكور الذي هو المعهود م ويأتي بالصلوة على النبي والدعاء في قعدة السهو
هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته
فعلا من جنسه ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر
نقصان تمكن في العبادة فيكون واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب
الا بترك واجب او بتاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة
لانها لا تعرى عن تاخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا
كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة قال او ترك
قراءة الفاتحة لانها واجبة م او القنوت او التشهد او تكبيرات العيد لانها واجبات
فانه عم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة
فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية
والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح م ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت
فيما يجهر تلزمه سجدة السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات
واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان
اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير
ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات م وهذا في حق الامام دون المنفرد
لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة م قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر
السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام م فان لم يسجد الامام
لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا م فان سها المؤتم لم يلزم
الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام
ينقلب الاصل تبعا م ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب
عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء ياخذ حكمه م ثم قيل يسجد للسهو للتاخير
والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم م ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم
معنى م ويسجد للسهو لانه ترك الواجب م وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام
الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك
لان ما دون الركعة بمحل الرفض م والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله
قبله فترتفض م ويسجد للسهو لانه اخر واجبا م وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه
عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة
ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة
حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي م وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد لما عرف م فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم
لا شيء عليه لانه مظنون م ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود
كامل وعند محمد برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف
تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف م ولو قعد
في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم
في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة
بمحل الرفض م وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان
الباقي اصابة لفظ السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان
نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عم عن البتيراء م ثم لا تنوبان عن سنة
الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتداة م ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان
في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون م ولو
قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون م ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا
عند محمد لانه المؤدي بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف
يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام م قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسها
فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل
لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن
يبطل جميع الصلوة م ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة م ومن سلم وعليه سجدتا
السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده
سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان
فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل
في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار
عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض
بنية الاقامة في هذه الحالة م ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد
للسهو لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت م ومن شك
في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف
لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة م وان كان
يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب

وان لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر أثلاثا صلى
ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام و
مجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلوته كيلا
يصير تاركا فرض القعدة والله اعلم. **باب صلوة المريض** واذا عجز المريض
عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
قال فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله
وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى
وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك
وان فعل ذلك وهو يخفض رأسه اجزأه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته
لا يجزيه لانعدامه فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة
واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا
فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا من قبل
الا ان الاولى هو الاول عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي تقع الى هواء
الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلوة فان
لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا
لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس
لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة
الى انه لا تسقط الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا
هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر
على الركوع والسجود لم يلزمه القيام لان التوسل به الى السجدة لما فيه من نهاية التعظيم
فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا
لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قائما ثم حدث به مرض
تممها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه
بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد
لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء
على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم
قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع

بالمومي وكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا بأس بان يتوكأ على عصى
او حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة
في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره
الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد بغير
عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب
النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزأه عند ابي حنيفة رح والقيام
افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب
فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف
والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة
كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضاها وان كان اكثر
من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء
وقت صلوة كاملا لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت
الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم
وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم
لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد
لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم
والله اعلم. **باب سجود التلاوة** قال سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر
في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه
وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة
عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة
في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله عم
السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد
واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته وان
تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر
ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف
الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها

لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب م ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو
الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم م وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل
ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه السجدة
ليس من افعال الصلوة م ويسجدونها بعدها لتحقق سببها م ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم
لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل م قال واعادوها لتقرر سببها م ولم
يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة وفي النوادر انه يفسد
لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد رح م فان قرأ الامام وسمعها
رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه
صار مدركا لها بادراك الركعة م وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها
معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا اولى م وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب
م وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية
ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص م ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل
في الصلوة فاعادها وسجد لها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى
لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان
للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها م وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي
المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب م
ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان
قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يسجد للاولى
فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل
في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان
التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم
الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل
هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن
كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون
التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حق السامع وكذا اذا تبدل مجلس التالي
دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا م ومن
اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة
وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه م ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو

وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة م قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها
ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها م ولا بأس بان يقرأ اية
السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها م قال محمد رح واحب الي ان يقرأ
قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل م واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان
مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله م يمسح المقيم كمال يوم وليلة
والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر
ابو يوسف رح بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي رح بيوم وليلة في قول
وكفى بالسنة حجة عليهما م والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رح التقدير
بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح م ولا يعتبر السير
في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل
قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رح فرضه
الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى
ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى م وان صلى
اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان له نافلة اعتبارا
بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام م وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط
النافلة بها قبل اكمال اركانها م واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين
لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا
هذا الخص لقصرنا م ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر
يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه
اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن
عباس وابن عمر رضي الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير
الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر م ولو دخل مصرا على عزم ان
يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر
رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل
ذلك م واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا
حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان يهزم
فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر
او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح تصح في الوجهين اذا كانت

الشوكة لم يتمكن من القرار ظاهرا عند ابي يوسف لم تقصر اذا كانوا في بيوت المدر
لانه موضع اقامة مه ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح
انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رح لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال ل
من مرعى الى مرعى مه وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه
الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت مه
وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة مه
وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلاتهم لان المقتدي التزم
الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتدي
تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك
قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان
يقول اتموا صلاتكم فانا قوم سفر لانه عم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر
واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلوة وان لم ينو المقام فيه لانه عم و
اصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين
من غير عزم جديد مه ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر
ودخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عم بعد الهجرة عد
نفسه بمكة من المسافرين مه وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون
السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي مه واذا نوى المسافر ان
يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي
اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل
في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة الى مبيته مه ومن فاتته
صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا
لان القضاء بحسب الاداء مه والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه المعتبر في السببية
عند عدم الاداء في الوقت مه والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء
وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق
بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما القبح
ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة والله تعالى اعلم باب

الجمعة لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عم
لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له
امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم
اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني
اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته
في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها
ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف مه ولا جمعة بعرفات
في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية
لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير مه ولا تجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره
السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد
تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره مه ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت
الظهر ولا تصح بعده لقوله عم اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة مه ولو خرج
الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما مه ومنها الخطبة
لان النبي عم ما صلاها بدونها في عمره مه وهي قبل الصلوة به وردت
السنة مه ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث مه ويخطب
قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث مه ثم هي شرط الصلوة فيستحب
فيها الطهارة كالاذان مه ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول
المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة مه فان
اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة
لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح
لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله
من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى مه
ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة رح ثلثة سوى
الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف
وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث م
الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم مه
وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل
الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة
فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رح هو يقول
انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط

وانها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك
الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة
لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان
لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض
ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول
بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا
وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام
ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رح لا يجزيه لانه لا فرض من
عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا
اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة
لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم
الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لو
لا تجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا معتبر
بالبدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا
هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر
بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف
فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي
وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد
تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان
السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق انتقاض الظهر احتياطا
بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة
اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل السواد لانه
لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه ومن ادرك
الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادركه وبنى عليها الجمعة لقوله عم ما ادركتم فصلوا
وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو
بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية
بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه
فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة

الجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة
حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما
على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى
يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام اذا
خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض
الاستماع ولا استماع بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة قوله عم اذا
خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه
الصلوة واذا اذن المؤذن الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا
الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع فاذا صعد الامام
المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن
على عهد رسول الله صلعم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب
السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول
الاعلام به

باب العيدين

قال وتجب صلوة العيد على كل من تجب عليه صلوة الجمعة
وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال رضي الله وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وجه الاول مواظبة النبي عم عليها وجه الثاني قوله عم
في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول
وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان
قبل ان يخرج الى المصلى عم وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه
الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عم كانت له جبة
فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير
ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر في عيد الفطر عند ابي حنيفة
في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء
الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر ولا يتنفل
في المصلى قبل العيد لانه عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة
في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عم لم يفعله واذا حلت
الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس
خرج وقتها لانه عم كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح او رمحين و
لما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام

بالناس ركعتين يكبر في الأولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة
ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها
ويكبر رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رضه وهو قولنا وقال ابن
عباس رضه يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء
فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان
الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع
وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية
والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رح
اخذ بقول ابن عباس رضه الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات
عنده خمسة عشر او ستة عشر قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به
ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله ع م لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رح انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه قال ثم
يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس
فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام
لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد
فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا
تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم
الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث
وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل
ويتطيب لما ذكرناه ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي انه ع م كان لا يطعم
في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه ع م كان يكبر
في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه ع م
فعل كذلك ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت و
الخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها
من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية
فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول والتعريف
الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض
المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان
فلا يكون عبادة دونها كسائر المناسك **فصل** في تكبير التشريق

التشريق ويبدا بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم
النحر عند ابي حنيفة رح وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسئلة مختلفة بين
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فاخذا بقول علي رضه اخذا بالاكثر اذ هو
الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير
بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله
اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات
على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رح وليس على جماعة
النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا
من قبل والتشريق هو التكبير وكذا نقل عن الخليل بن احمد رح ولان الجهر بالتكبير
خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء
اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيمين بطريق التبعية
قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رح دل
ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة
فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب **باب صلوة الكسوف** اذا انكسفت الشمس صلى
الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي رح ركوعان
له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما والحال اكشف
على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة
وقالا يجهر وعن محمد رح مثل قول ابي حنيفة رح اما التطويل في القراءة فبيان الافضل
ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف
احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة انه ع م جهر فيها
ولابي حنيفة رح رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهم والترجيح قد مر من قبل كيف
وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله ع م اذا
رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء فيه واذكروا الله واستغفروا
والسنة في الادعية تاخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر
صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وانما يصلي كل واحد نفسه لقوله ع م اذا رأيتم شيئا
من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل **باب
الاستسقاء** قال ابو حنيفة رح ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى
الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا
ربكم انه كان غفارا الاية ورسول الله صلعم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا

يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي عم صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه
ابن عباس رضه قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد
وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عم خطب
ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة
لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم استقبل
القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد رح
اما عند ابي حنيفة رح فلا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان
تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عم امرهم بذلك ولا يحضر اهل
الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة والله اعلم

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة
الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع
راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة
فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو
وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون
وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى
وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل
فيه رواية ابن مسعود رض ان النبي عم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا و
ابو يوسف رح وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا وان كان
مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي انه عم
صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من
المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في
الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا بطلت
صلوتهم لانه عم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما
تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومؤن بالركوع والسجود الى اي
جهة شاؤوا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا
او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام
الاتحاد في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على
شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء
لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عم لقنوا موتاكم شهادة

بشهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه
وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على
عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا
ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء
سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون
الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما
يوتر لقوله عم ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة
في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه
ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر
حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى
يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداءة بالميامن
ثم يجلسه ويسنده ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان
خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص و
قد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه
ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد
اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره
ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء
للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته و
صار كالختان

فصل في التكفين

قال السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب
ازار وقميص ولفافة لما روي انه عم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه
اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز
والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا
ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن
الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فان ارادوا
لف الكفن ابتدؤوا بالجانب الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة
وبسطه ان تبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع
على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك
فان خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة

اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث
ام عطية ان النبي عم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها
حالة الحيوة فكذا بعد الممات ثم هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثوبين
جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره
الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه
حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع
اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت
اللفافة قال وتجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عم امر باجمار
اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها
فريضة **فصل في صلوة الميت** واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر
لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية
فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء
على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي
يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي
بعده لان الفرض يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس
تركوا من آخرهم الصلوة على قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت
ولم يصل عليه صلي على قبره لانه عم صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلي
عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان
والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على
النبي عم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه
كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا
لزفر رح لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان
بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا
مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح
والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدي
بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالا تفاق
لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر

الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة
لايمانه وعن ابي حنيفة رح انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا
رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها
وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم
لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في
صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذن
اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله
من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد
وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة
سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل
عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل
ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير ظاهر
الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل
عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم
احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه
ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في اللقيط وان كان لكافر ولي مسلم يغسله
ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب
النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه
بل يلقى **فصل في حمل الجنازة** واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه
الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال
الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره
لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عم سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا بلغوا
الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على
يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا
للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر
ويلحد لقوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي
فان عنده يسل سلا لما روي انه عم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال

منه واضطربت الرواية في ادخال النبي عم فاذا وضع في اللحد يقول واضعه بسم الله وعلى
ملة رسول الله كذا قال عم حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك
امر رسول الله صلعم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن
عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن
على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على
الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى
ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب
اللبن والقصب لانه عم جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم
القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد
قبر النبي عم اخبر انه مسنم **باب الشهيد** الشهيد من قتله المشركون
او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن و
يصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عم فيهم زملوهم بكلومهم
ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج
الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف
محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته
والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي
ومن قتله اهل الحرب واهل البغي وقطاع الطريق فبأي شيء قتلوه لم يغسل لان
شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولابي حنيفة رح ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع
الجنابة وقد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة
وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية
وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن
الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم
ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو
والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون
ما شاؤوا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل
مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث

والارتثاث ان يأكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض
مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكأس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة
الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط
او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث
لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا
مروي عن ابي يوسف رح ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف
لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر
غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة
ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا
او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف
في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه
باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء
مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه
لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة والله اعلم **باب الصلوة
في الكعبة** الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رح فيهما و
لمالك في الفرض لانه عم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت
شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام
بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد
امامه على الخطأ بخلاف مسألة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم يجز
صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول
الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت
صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد
الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة
هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى
انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم
وقد ورد النهي عنه عن النبي عم والله اعلم **كتاب الزكوة** الزكوة
واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما
الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عم ادوا زكوة اموالكم وعليه
اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال

الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق
من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه ع م قدر السبب به ولا بد من الحول
لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله ع م لا زكوة
في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة
والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور
لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا
لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي
فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر
والخراج ولنا انه عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا
اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر
معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع رح ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته
في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين
الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت
الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ رح وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من
كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده رح
ومن كان عليه دين محيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح تجب لتحقق السبب
وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما
كالماء المستحق بالعطش وثياب المهنة رح وان كان ماله اكثر من دينه زكى البذلة
الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد
حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب
لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رح فيهما ولابي يوسف
في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال
التجارة فان الملاك نوابه رح وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث
المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها
مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها
والات المحترفين لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت
له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس
وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته المال
المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في

في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة و
ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب
قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه
لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف
ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول
اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ رح ولو كان الدين على مقر
مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان
على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب
عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق الافلاس
عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة
رعاية لجانب الفقراء رح ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها
الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك
لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ
هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا
بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف
ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح ح
او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل
الاختلاف على عكسه رح ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة
لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران ان
الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم
ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب
جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين رح ولو ادى بعض النصاب
سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف لا تسقط
لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول باب صدقة

السوائم فصل في الابل

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا
بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان ثمان
الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت
عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت
مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها

بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين
ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين
ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة
وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلعم ثم اذا زادت
على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر
شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين
بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة
فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون
فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف
الفريضة ابدا كما في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الش
اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت
مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات
فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم كتب
اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون
من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عم كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم
فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء
لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل في البقر** ليس في اقل من ثلثين
من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة
وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة
بهذا امر رسول الله صلعم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على اربعين وجب
في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة الزائدة ربع
عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا
بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى
تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب
على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رح
لقوله عم لمعاذ رضه لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى

الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار رح ثم في الستين تبيعان او تبيعتان
وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة اتبعة وفي المائة
تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة لقوله عم في كل
ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة او مسن والجواميس والبقر سواء لان
اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك
لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر **فصل في الغنم** ليس في اقل من اربعين من
الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى
مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت
واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل
مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب
ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع رح والضان والمعز فيه سواء لان لفظ
الغنم شامل للكل والنص ورد به رح ويوخذ الثني في زكوتها ولا يوخذ الجذع
والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما
انه يوخذ الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة والثني ولانه يتادى به الاضحية فكذا
الزكوة وجه ظاهر الرواية حديث علي رضه موقوفا عليه ومرفوعا لا يوخذ
في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا
لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى
الجذعة من الابل ويوخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة
ينتظمهما وقد قال عم في اربعين شاة شاة **فصل في الخيل** اذا كانت
الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا
وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وهو
قول زفر رح وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه
صدقة وله قوله عم في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتاويل ما رويناه
فرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه والتخيير بين الدينار و
التقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل
وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل
المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء
في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون
للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة **فصل**

وثم مسنة الى تبيع
اسم البقر

وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا اخر قوله
وهو قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر
ومالك رح ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي
رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار
ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه
الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع
اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تادية الزكوة حتى لا تخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار ثم عند ابي يوسف
لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس
ج وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب
ثم لا يجب حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس
وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل
على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما
وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب
عليه سن فلم يوجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل
وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكره ان شاء الله
تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه
شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة قال ويجوز دفع القيم
في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي
لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا
للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان
القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة
المحتاج وهو معقول قال وليس في العوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رح
له ظواهر النصوص لنا قوله عم ليس في الحوامل والعوامل والعلوفة ولا في البقر المثيرة
صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة و
لم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي
التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان
القليل تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط
لقوله عم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرايمها وخذوا من حواشي اموالهم

اي اوساطها ولان فيه نظرا للجانبين قال ومن كان له نصاب فاستفاد
في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رح لا يضم لانه اصل في حق الملك
وكذا في وظيفة بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك
الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر المميز
فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله
فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر يسقط بقدره
لمحمد ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل
شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن
العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة
ولهذا قال ابو حنيفة رح يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه
الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف
ايم يصرف الى العفو اولا ثم الى النصاب شايعا قال واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم
لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم
وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جاير لانهم بما عليهم
من التبعات فقراء والاول احوط قال وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته
شيء وعلى المراة منهم ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين
ويوخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة
سقطت الزكوة وقال الشافعي رح يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب
في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك
ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية
يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي
قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي
وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل قال وان قدم الزكوة على الحول
وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف
مالك رح ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر رح لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له
هم والله اعلم بالصواب **باب زكوة المال فصل في الفضة** ليس فيما دون مائتي درهم

صدقة لقوله م ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما
فاذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب الى معاذ
رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب
نصف مثقال قال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في
كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه ما زاد على المائتين
فزكوته بحسابها وهو قول الشافعي رح لقوله م في حديث علي رضي الله عنه وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في
الابتداء لتحقق الغناء وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح
قوله م في حديث معاذ لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله م في حديث عمرو بن حزم
ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك
لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها
وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر
عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب
الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل
غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على
النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب
الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان تخلص منها فضة تبلغ
نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب**
ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا
ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر
وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل
صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما تجب بحسابه وهي مسئلة الكسور وكل دينار
عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب
والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي رح لا تجب في حلي النساء وخاتم
الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب
مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر
بخلاف الثياب والله اعلم **فصل في العروض** الزكوة واجبة في عروض
التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله م

لقوله م يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانه معد للاستنماء
باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم
قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية
عن ابي حنيفة رح وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء
وتفسير الانفع يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى
ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود
قومها بالنقد الغالب وعن محمد رح انه يقومها بالنقد الغالب في كل حال
كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه
فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه
في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغناء وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك
لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب
في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى
الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة
عند ابي حنيفة رح وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له
مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده
خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة
في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة
وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها **باب فيمن يمر على العاشر**
اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف
صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم
تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين
وكذا اذا قال اديتها الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر
لانه ادعى وضع الامانة في موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة
لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان
الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا
الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال
اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال الشافعي رح يصدق
لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال
الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول

ينقلب نفلاً وهو الصحيح م ثم فيما يصدّق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج
البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه
ادّعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر
علامة م وما صدّق فيه المسلم صدّق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم
فيراعى تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف ولا يصدّق الحربي الا في الجواري يقول هن
امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية
غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانها تبتنى عليه فانعدمت
صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال م ويؤخذ من المسلم ربع العشر
ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته م وان
مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ
منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من
النصاب وهذا في الجامع الصغير في كتاب الزكوة لانا نأخذ من القليل وان كانوا
يأخذون منه لان القليل لم يزل عفواً ولانه لا يحتاج الى الحماية م قال وان مر حربي
بمائتي درهم ولا نعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم
فالعشر م وان علم انهم يأخذون منا ربع عشر او نصف عشر نأخذ بقدره وان
كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلاً
لا نأخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق م قال وان مر الحربي
على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استئصال
المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه
لا يمكن من المقام الا حولاً والاخذ بعده لا يستأصل المال وان عشره فرجع الى دار
الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضاً لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده
لا يفضي الى الاستئصال م فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر
الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي رح لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر رح يعشرهما
في المالية عندهم وقال ابو يوسف رح يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير
تبعاً للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على
الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال
ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا
يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره م
ومن مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكر

لما ذكرنا في السوائم م ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة
اخرى قد حال عليها الحول لم يزكّ التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته م
ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوته قال وكذا المضاربة
يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة رح يقول اولاً يعشرها لقوة حق المضارب
حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضاً فنزل منزلة المالك
ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة
الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصاباً فيؤخذ منه لانه مالك له م ولو مر عبد
مأذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف رح لا ادري
ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما
انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل
في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان
هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب
المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعاً منه في العبد
وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد دين
يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل م قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد
غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان
التقصير من قبله حيث مر عليه **باب المعادن والركاز** قال معدن ذهب
او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا
وقال الشافعي رح لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان
المستخرج ذهباً او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول
للتنمية ولنا قوله م وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن و
لانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس
بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يداً حكمية لثبوتها على الظاهر
واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الا خمس
حتى كانت للواجد م ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض
مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف
الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها م وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة
روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت

خالية عن المؤن دون الارض ولهذا اوجب العشر والخراج في الارض دون
الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم
لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم
ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة
وقد عرف حكمه في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم
ففيه الخمس على كل حال لما بيناه ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه
للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده
في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه
وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول
الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لانه مودع
فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط له
يصرف الى اقصى مالك يعرف له في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب
يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم
العهد ومن دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم دخل
تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء
فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج يوجد في الجبال
خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة ره
اخرا خلافا لابي يوسف ره ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ره
ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه
اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ
منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره
البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه اذا وجد
في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة والله اعلم بالصواب

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة ره في قليل ما اخرجته
الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والقصب
والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق
ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس في الخضروات عندهما

عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء
لهما في الاول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط
النصاب فيه ليتحقق الغنى ولابي حنيفة ره قوله عليه السلام ما اخرجته الارض ففيه العشر من
غير فصل وتاويل ما رواه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة
الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا
لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضروات
صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة
ياخذها العاشر وبه ياخذ ابو حنيفة ره فيه ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى و
السبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج اما الحطب والقصب والحشيش
فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا
للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر و
قصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف
والتبن لان المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية ففيه
نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي بالسماء او سيحا وان سقي سيحا
وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف فيما لا يوسق كالز عفران
والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة
في زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة
وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر
في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء لان التقدير
بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر
وقال الشافعي ره لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام
في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما
يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي
حنيفة ره يجب فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف ره انه
يعتبر فيه القيمة كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني
شبابة كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة امناء
وعن محمد خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا
في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف انه
لا يجب لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو خروجه

وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر لا يحتسب أجر العمال ونفقة البقر لأن النبي
عم حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال التغلبي إذا كان له أرض عشر عليه
العشر مضاعفًا عرف ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وعن محمد أن
فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرًا واحدًا لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك
فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا
مر على العاشر وكذا إن اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رح سواء
كان التضعيف أصليًا أو حادثًا لأن التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل إلى المسلم
بما فيها كالخراج وقال أبو يوسف يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلف النسخ في بيان قوله
والأصح أنه مع أبي حنيفة رح في بقاء التضعيف إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي
لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الأرض لمسلم
باعها من نصراني يريد به ذميًا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رح لأنه
أليق بحال الكافر وعند أبي يوسف عليه العشر مضاعفًا ويصرف مصارف الخراج
اعتبارًا بالتغلبي وهذا أهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لأنه
صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت
على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع
كأنه اشتراها منه وأما الثاني فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن نسخه م
ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد وإذا كانت لمسلم دار
خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه إذا سقاه بماء العشر وأما إذا كانت
تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس
على المجوسي في داره شيء لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوًا وإن جعلها
بستانا فعليه الخراج وإن سقاه بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة
فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري
إلا أن عند محمد عشر واحد وعند أبي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري
ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد والماء الخراجي
الأنهار التي شقها الأعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد
لأنه لا يحميها أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف لأنه يتخذ عليها القناطر من السفن
وهذا يد عليها وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي العشر

المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة
دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك
إذا كانا منهم قال وليس في عين القير والنفط في أرض العشر شيء لأنه ليس من
أنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في أرض الخراج خراج وهذا
إذا كان حريمه صالحًا للزراعة لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقات إليه ومن لا يجوز

الأصل فيه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء
الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز
الإسلام وأغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الإجماع والفقير من له أدنى شيء والمسكين
ن من لا شيء له وهذا مروي عن أبي حنيفة رح وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان
أو صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى والعامل يدفع
لو إليه الإمام إن عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن خلافًا للشافعي
لأن استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وإن كان غنيًا إلا أن فيه شبهة
الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ و
الغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب
يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين
ولا يملك نصابًا فاضلًا عن دينه وقال الشافعي رح من تحمل غرامة في إصلاح ذات
البين وإطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند
أبي يوسف رح لأنه المتفاهم عند الإطلاق وعند محمد رح منقطع الحاج لما روي أن
رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فأمره رسول الله صلعم أن يحمل عليه الحاج ولا تصرف
إلى أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال
في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك أن يدفع إلى كل
واحد منهم وله أن يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رح لا يجوز إلا أن يصرف
إلى ثلثة من كل صنف لأن الإضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا أن الإضافة
لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق وهذا لما عرف أن الزكوة حق الله تعالى وبعلة
الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا إليه مروي
عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز أن تدفع الزكوة إلى ذمي لقوله عم
لمعاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع ما سوى
ذلك من الصدقة وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن أبي يوسف اعتبارًا
بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على أهل الأديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا

بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو
الركن هـ ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما
من الميت ولا تشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رح ذهب اليه في تأويل قوله تعالى
وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك هـ ولا تدفع الى غني
لقوله عم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا
حديث معاذ رض على ما روينا هـ قال ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده
وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم
متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة
ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رح لما ذكرنا وقالا تدفع لقوله عم لك
اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته
عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام
ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم
التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده
وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع للمولى
ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا
لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها
اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة و
الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط
الفرض واما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل
جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون
الى هاشم بن عبد الله ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله صلعم سأل أتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس
والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع
في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رح عليه الاعادة
لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب
ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن

يا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه
الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت
عليه القبلة وعن ابي حنيفة رح في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا
اذا تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى ودفع
وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع
الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية
المالك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال
كان لان الغناء الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية
وانما كان النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان
صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها
فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر لا يجوز لان الغناء قارن الاداء فحصل
الاداء الى الغني ولنا ان الغناء حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغني منه
كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان تغني بها انسانا احب الي معناه الاغناء
عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما
تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه
وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج
من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان
كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه
وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته ادوا عن كل حر
وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه
ثعلبة بن صعير العدوي او صغير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم
القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام لتقع قربة واليسار لقوله عم
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله تجب على من يملك
زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغناء
في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية و
المستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب
حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث

ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلعم زكوة الفطر على الذكر والانثى
الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه تضاف
اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته
ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه
ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه
لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال
يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى
المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه
لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده
الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم
اجزأه استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا
المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما
ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب
الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي
الى الثنى والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد
منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق
وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة
لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله مه
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي
الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رح لان الوجوب ب
عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر
والخيار باق وقال زفر رح على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي
رح على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود
الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف
ما يبتني عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة
التجارة على هذا الخلاف

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع
من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول رواية الجامع
الصغير وقال الشافعي رح من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا
نخرج ذلك على عهد رسول الله صلعم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم
الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم اجمعين وما رواه محمول على الزيادة تطوعا
ولهما ان الزبيب والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى
لانه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت
بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير
كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق
في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة
هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح
انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رح
وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش رح
تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح والصاع
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال
وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عم صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي
انه عم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان
صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي ووجوب
الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رح بغروب الشمس في اليوم
الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده
لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا
ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل والمستحب
ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عم كان يخرج قبل
ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك
بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل
في الزكوة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط
وكان عليهم اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء
فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب
ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين
فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال

وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم
الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى
وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره
وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه
ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عم لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة
انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى عنده ولنا قوله عم بعد ما شهد
الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل فليصم
وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل
حتى نوى بالنهار انه صائم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صائما عندنا
ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة
بالكثرة كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط قرانها
بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم
وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة
الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل
نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه
من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها لتتحقق في
في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله لانه لا تفصيل فيما ذكرنا
من الدليل وهذا الضرب يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب اخر
وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل
معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب
باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا
اخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل
وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق
بغير المعذور وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا صام المريض والمسافر بنية واجب اخر
يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى
ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف

ما صرف الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء شهر رمضان
وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من
الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله فانه يتمسك باطلاق
ما روينا ولنا قوله عم بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع
خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية
على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي جاز ويصير صائما من حين
نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه
الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة قهر
النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي
للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه
صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما لقوله عم صوموا لرؤيته و
افطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان
الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بيقين ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك
الا تطوعا لقوله عم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا
وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما
روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم
من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا
وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب اخر وهو
مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان
يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي
عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه و
هو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان
المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي
والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله
في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عم لا تتقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم
ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة ايام
من اخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعايشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه

والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت
الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والعصيان الذي دل عليه قوله عم من صام يوم
الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان
يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه
لا يصير صايما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا غداء
يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا
من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين
امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان
ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية
لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى
عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض
من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله
لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته
من وجه ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله
عم صوموا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة و
قال الشافعي رح عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة
لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي
وهو تهمة الغلط فاورثت شبهة وهذه الكفارة تندري بالشبهات
ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا
الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط
والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا
للحقيقة التي عنده واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد
العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا لانه
امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة
لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي عدلا كان او غير
عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب
الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه
خبر وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي رح
في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم قبل شهادة

قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد
وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة للاحتياط ولان
الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت
الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث
بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل
الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه
الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان في
السماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في
حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة
الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان
وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر
احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم تقبل
في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع
العبد وهو الفطر فاشبه ساير حقوقه والاضحى كالفطر هذا في ظاهر الرواية
وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع
العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة
جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى
غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد
الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية
لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال الا انه زيد عليه النية
في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما
تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى
العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

قال واذا اكل الصايم او شرب او جامع
ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم
فصار كالكلام ناسيا في الصلوة ووجه الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم
على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل والشرب ثبت في الوقاع

للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب
النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل
ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبر بالناسي
ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل
من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة
فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عم ثلث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة
والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة
بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى
وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم
لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ
والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد
ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف
الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك اُدير على السبب على ما يأتي في موضعه
ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود
معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما
الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس
بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن
لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له
وان لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رح اطلق فيه في الحالين
والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد
انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما يخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه
ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول
المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان
انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في
المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او
سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر
يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة
ولنا ان القليل تابع لاسنانه فكان بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه
لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان

وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه كما روي عن محمد رح ان
الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو
مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي
يوسف رح وعند زفر رح عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف انه يعافه
الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء
عمدا فعليه القضاء ويستوي ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد
عند ابي يوسف لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رح
لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به
عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر
وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال
وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف رح لعدم الخروج وعند محمد رح يفسد لوجود
الصنع منه في الادخال فان استقاء عامدا ملء فيه فعليه القضاء لما روينا
والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملء
الفم فكذلك عند محمد رح لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف رح لا يفسد لعدم
الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه
لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسده فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة
او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عمدا
في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل
الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء
الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة رح انه لا تجب الكفارة
بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه تجب لان الجناية
متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم
ينزل خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم
يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال
الشافعي رح في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل
الفعل وفي قول يتحمل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عم من افطر في
رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث لان السبب جناية
الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة
ولا يجري فيها التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او ما يتداوى به فعليه القضاء

والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس
لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق
تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة
الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال
ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عم اعتق رقبة
فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني
الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله ان يؤتى
بعرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال
والله ما بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك
ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب
وعلى مالك في نفي التتابع للمنصوص عليه ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضاء
لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدام صورة وليس في افساد الصوم في
غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق غيره به و
من احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عم الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر
وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ولو
اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا
دخله الدهن وان داوى جائفة او امة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر
عند ابي حنيفة رح والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول
لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة
الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف
اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف
ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة رح ان
المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق
شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من
تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان
لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى ان لها
ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل

لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه
وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره
للصايم لما فيه من التعريض على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صايمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا
لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بان يكحل
ب ويدهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب
النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا
لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت
بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة
يه والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصايم السواك من غير فصل وقال الشافعي
يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد
قلنا هو اثر العبادة فالاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم
ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا **فصل**
ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى
وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في
التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب
الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل
وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف
المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي
الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان
افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد
وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا
عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء
بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب
الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وبين محمد رح وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب
فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة
فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء

حتى دخل رمضان آخر
صام الثاني لانه في وقته
وقضى الاول بعده

متابعة لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب فان اخره
لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان
له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا وقضتا
دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي
فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف
القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز
بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر
على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله
تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم
يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان
فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا
خلافا للشافعي وعلى هذا الزكوة وهو يعتبره بديون العباد اذ كل حق مالي
تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء
دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة
كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم
عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن
دخل في صوم التطوع او صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له
انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل
فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم
عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احد الروايتين لما بينا ويباح بعذر
والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا
فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب
والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة
لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم
الجزء الاول والاهلية معدومة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال
الكفر والصبي قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية ووجه
الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان

لان الصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان
الكافر ليس باهل التطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار
ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب
ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص
في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر
ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة
لقيام شبهة المبيح قال ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم
الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية
اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول
ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي
ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف
وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين
ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه
لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط
ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك له هو يعتبره بالاغماء ولنا
ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون
يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية
والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد
وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا
على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة
وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا ظاهر الرواية
وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب
بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو
في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتادى صوم رمضان
بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه
يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك
بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة
على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة

وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوّت امكان التحصيل
فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا
امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او نفست افطرت و
قضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم
المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال الشافعي لہ
لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك
في اول اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل
في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا
لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث
لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن
الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او
افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية
يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق
مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية
قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء
يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر
مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تأخيره
لقوله عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك
الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع
تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل
هو الليل وعن ابي حنيفة رح اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت
الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل
فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه
انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط
وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر
ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية
ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار
ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه انه اكل قبل

قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل و
لو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى
ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك
يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه ٥
استند الى القياس فتتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في
ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح وعنه انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه
فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا تنتفي
بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا
فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه
فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده
فكذلك عند محمد لان قول الرسول عم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف
خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه
الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة
وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما
اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف
القياس والحديث مأول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة
وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر ههنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى
فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر
بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع ع
والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا
عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج
عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني
اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر
لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته
كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون
يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نوى هما يكون نذرا

ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف هو يكون نذرا و
لو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه
حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما
ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين
الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين
لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في
الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر
ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة
نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى
عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان
ويتأتى في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام
الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه
فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل
فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا كان عينها
لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم قال وعليه
كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صائما
ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء
لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت
المكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع
في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي
فيجب ابطاله ولا يجب صيانته ووجوب القضاء ينبني عليه ولا يصير
مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة
حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فيجب صيانة المؤدى
ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة انه لا يجب القضاء في فصل
الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

كتاب الاعتكاف

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام واظب عليه
في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد
مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان
وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في سائر
العبادات وهو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون
شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة و
لصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية
لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد هو اقله ساعة فيكون
من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع
القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل
لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر
باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه
لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد تصلى فيه
الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه
اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها
فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة لحديث عائشة
رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم
وقوعها فلا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه
من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم
حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه يمكنه
الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع
فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده
وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا
وفي رواية ستا والاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا
او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسنتها توابع لها فالحقت بها
ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف
الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير
ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح
لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكثر من نصف يوم وهو الاستحسان
لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب والنوم يكون في معتكفه لان النبي
لم يكن له مأوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة
الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه

قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة
للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير
المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم
وشرائكم ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في
شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى و
لا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من
دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه
لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا
بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين
مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل
او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل
لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا
لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها فيها
بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي
يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان
لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات
كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم
فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته
على نفسه لانه نوى الحقيقة ومن اوجب اعتكاف يومين لزمه بليلتيهما وقال ابو
يوسف لا يدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة
الاتصال ووجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة
والله اعلم بالصواب

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين
العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه
وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو
فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلا ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عم قيل له الحج في كل
عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت
وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف
وعن ابي حنيفة ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة

وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة ووجه الاول انه يختص بوقت خاص
والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل
عم بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله
ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ
فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان
والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العاجز دونها لازم والاعمى
اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند
ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه
غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه
الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو ان يكتري به شق
محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل
فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن
المسكن وما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء
مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده
حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على لان النفقة حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن
حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة
ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط
الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل هو شرط
الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة
لا غير قال ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها
ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها
الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا
قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة
وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها
كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج
الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال
الشافعي له ان يمنعها لان الخروج يفوت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر

في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا
قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج في كل محرم الا ان يكون
مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتاتى
منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر
بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا
ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق
واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام
لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجزه
لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه
الخروج منه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها
الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات
عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت المنع
عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي
اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد
عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب
الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما
ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله
مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح
لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك
لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله
تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك كذا
قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج
مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل
اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته
الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة
اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم
وفي العمرة الحل لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم ان يحرموا

بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهو
في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع
سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود
الاثر به **باب الاحرام** واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل
لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع
فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة
فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا
ورداء لانه عليه السلام ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر
العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب
الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب
بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع
بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت
كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه
التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال
وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين
عند احرامه قال ويقول اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها
في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير
وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة
متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي عليه السلام لبى في دبر صلوته
فان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا
وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات
والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد
والنعمة لك والملك لا شريك لك فقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها
ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل صلوات الله
عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه
هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي
في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم
ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم
اجمعين زادوا على الماثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية

فلا يمنع من الزيادة عليه واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة
لا تتأدى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني
اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا
للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا
بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو
المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما
ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد
البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث
والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق و
لا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش
او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد
حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم
وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم
حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث قتادة رضي الله عنه انه اصاب (ابي)
حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عم لاصحابه هل
اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذًا فكلوا ولانه ازالة الامن
عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين ولا يلبس قميصا و
لا سراويلا ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل
من الكعبين لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين
والكعب ههنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما (دون الثاني)
روى هشام عن محمد رحمهما الله قال ولا يغطي رأسه ولا وجهه وقال الشافعي (نفي)
يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة
في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة
ملبيا في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة
فالرجل بطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس ولا يمس
طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه
ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الآية ولا يقص لحيته لانه
في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث قال ولا يلبس ثوبا

ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عم لا يلبس المحرم ثوبا
مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب
لا للون وقال الشافعي لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان
له رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه
اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره
ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس
ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه
لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار الكعبة حتى غطته
ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال ولا بأس
بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره (ولنا انه ليس فيه معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل)
لانه لا ضرورة رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل فيه
الهوام ولا يغسل قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوة وكلما علا شرفا (الهوام الرأس بيان)
او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله
عليه ورضي الله عنهم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام
على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع
صوته بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية
والثج اراقة الدم قال فاذا دخل مكة ابتداء بالمسجد لما روي ان
النبي عم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه
ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا
عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول اذا لقي البيت
بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا
من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها
فحسن قال ثم ابتداء بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي ان النبي
عم دخل المسجد فابتداء بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع
يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
استلام الحجر قال ويستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي
ان النبي عم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه
انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان
وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام

سنة والنحر عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر بما
في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عم طاف على
راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله
وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي

الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي
انه عم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط و
الاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر
وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عم قال ويجعل طوافه من وراء

الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عم في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه
حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم
وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت
بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل

في الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز
يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد
للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب
في زمن النبي عليه السلام وبعده قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك

اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه والرمل من الحجر الى الحجر هو النبي عم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل منه
المنقول من رمل النبي عم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف
الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع
لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير
يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل

على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه
سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم
غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم يأتي المقام فيصلي

عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي
سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عم وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي
ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده

نسكم

بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي
يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم
ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك هو انه واجب
لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف
والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع فيما
رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف

القدوم لانعدام القدوم في حقهم قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم ويرفع يديه ويدعو الله
لحاجته لما روي ان النبي عم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل
القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى
الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما
يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا
من اي باب شاء وانما خرج النبي عم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب
الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة

ويمشي على هينته حتى يبلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم
يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي
ان النبي عم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى
اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط

قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في
بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبتدئ بالصفا لقوله عم فيه ابدؤا
بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي فقي
هو انه ركن لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله
تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب
الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به
ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احد كم
الموت الاية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله

ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة
والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في
هذه المدة لان السعي لا يجب فيها الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل

الاسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم
التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة
نا بعرفات والوقوف والافاضة فالحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكر
والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين
ية كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها يوم التروية
لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر
يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر يوم عرفة لما روي ان
النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى
بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات
بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه
لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتداء برسول الله
صلى الله عليه قال ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان
الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل
وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع
ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا
زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدي فيخطب خطبة يعلم
فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة النس
يخطب خطبتين بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وقال
مالك يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد خطبتين يج
ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب
اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف
انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا
لان النبي عم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم
المؤذنون بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه
الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين
ى وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى
جابر رضي الله عنه ان النبي عم صلاهما باذان واقامتين ثم بيانه انه
يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر تؤدى قبل وقته المعهود

المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا
لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد
الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد لان الاشتغال بالتطوع
او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه
لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر
في وقته عند ابي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة
الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة ان المحافظة على
الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع
بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يتعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة
الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير
عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف
القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام
ية في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية
تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي بالتقديم على الصلوة لان
المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم
معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عم راح الى الموقف عقيب
الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف موقفا الاعظم قال وعرفات
كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن
بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال
وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عم وقف على ناقته
وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف
مستقبل القبلة لان النبي عم وقف كذلك وقال عليه السلام خير المواقف
ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي ان
عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو
بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في
كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى
قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية

لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا • قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد
في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة
والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عم اجتهد في الدعاء في هذا
الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة
بعد ساعة وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان
قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى
جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى آخر جزء من
الاحرام • قال فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى
يأتوا المزدلفة لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار
مخالفة المشركين وكان عم يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف
الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه لانه لم يفض من عرفة
والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث
قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس به لما روي
ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت
قال واذا اتى المزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة
يقال له قزح لان النبي عم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه و
يتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره و
يستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام
بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر باذان
واقامتين اعتبارا بالجمع جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء
في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته
فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل
بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع
الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عليه السلام صلى المغرب
بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع
عند ابي حنيفة لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر
مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا
الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما

كما بعد طلوع الفجر الا ان التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عم قال
لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة
وهذا اشارة الى ان التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين
بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع
الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس
الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم صلاها يومئذ بغلس
ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم
وقف ووقف معه الناس فدعا لان النبي عم وقف في هذا الموضع
يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما فاستجيب له دعاؤه
لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن
حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله
عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عم قدم ضعفة
اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن
بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عم من وقف معنا هذا الموقف
وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح
امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كان
امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة كلها موقف
الا وادي محسر لما روينا من قبل قال واذا طلعت الشمس افاض الامام
والناس حتى يأتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا
غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عم دفع قبل
طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع
حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى
رمى جمرة العقبة وقال عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا
ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا
يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزأه لان ما حولها موضع
النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل
حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان
التكبير اجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان
النبي عم لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا

عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى جابر رضي الله عنه ان النبي عم قطع
التلبية عند اول حصاة رماها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة
على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين
الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى
قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي
ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز
عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص
ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال
ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها
من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود
فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى
بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب ثم
يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا
هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى
يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه
الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام
في المفرد والحلق افضل لقوله عم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم
عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض
التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتبارا
بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عم والتقصير ان يأخذ من رؤس
شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك
الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم فيه حل له كل شيء الا
النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال
ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي هو يقول انه يتوقت
بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان ما يكون محللا يكون جناية
في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق

السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف
بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي ان النبي عم لما حلق
افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بها ووقته ايام
النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا
فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل
وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها
كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة
عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان
لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف ثم شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين
بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا
لما بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف
الا انه اخر عمله في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج
وهو ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق و
يسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام
لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رحمه الله و
سنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى قال ثم يعود الى منى فيقيم بها
لان النبي عم رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه منى فاذا
زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدئ بالتي
تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف
عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك
ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله
صلى الله عليه وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس
ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عم ويدعو بحاجته ويرفع
يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين
والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه
المواقف لان النبي عم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل
ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه
وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف
بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث

ما بعد الطواف وسعى بعده لان السعي لم

والرمل ما شرع الا مرة مع

م

رمي حج

قوله وان اراد ان يتعجل ان ينفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس ع

بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم
عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عم صبر حتى رمى الجمار الثلث
في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر
لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم الرمي
في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي
حنيفة وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت
في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس
رضي الله عنهما ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلان
يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث
لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه
فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع
الفجر وقال الشافعي هو اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلام
رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عم لا ترموا جمرة العقبة الا
مصبحين ويروى حين تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية
بالثاني وتأويل ما روي ليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت
الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي
حنيفة يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عم ان اول نسكنا
في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن
ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان
اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه
وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه
قال وان رمى راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل
ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء على
ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي
يوسف ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عم بات بها وعمر رضي
الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه
شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من
افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة
ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه

ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وكان نزوله قصدا هو
الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون
غدا بخيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم
على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار
سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط
لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهده بالبيت
٤٣ لانه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله
من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض
الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه
شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم
فيشرب من مائها لما روي ان النبي عم استقى دلوا بنفسه فشرب منه
ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي
الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث
بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عم فعل بالملتزم
ذلك قالوا ينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت
متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام
الحج **فصل** فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف
ب بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب
عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه
بتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف
بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر لما روي ان النبي عم وقف
بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج
ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت ومالك يقول ان كان
اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما رويناه
ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكر
بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه
وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل
والحجة عليه ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم
انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف

ولا يمتنع ذلك بالإغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لأنها لا تبقى مع
الإغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن أغمي عليه فأهل
عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو أمر إنسانا بأن
يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح بالإجماع حتى إذا أفاق
أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به
وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة تقف على العلم وجواز الإذن به لا يعرفه
كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك صريحا
وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته
بنفسه والإحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الإذن به ثابتا دلالة و
العلم ثابت نظرا إلى الدليل والحكم يدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك
كالرجل لأنها مخاطبة كالرجال غير أنها لا تكشف رأسها لأنه عورة وتكشف
وجهها لقوله عليه السلام إحرام المرأة في وجهها ولو أسدلت شيئا على
وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولأنه
بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لأنه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر
لما روي أنه عم نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ولأن حلق الشعر
في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لأن
في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر إذا كان هناك
جمع لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال إلا أن تجد الموضع خاليا قال ومن
قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو شيئا من الأشياء وتوجه
معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عم من قلد بدنة فقد أحرم ولأن سوق
الهدي في معنى التلبية في إظهار الإجابة لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج والعمرة
وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال
النية بفعل هو من خصائص الإحرام وصفة التقليد أن يربط على عنق
بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة فإن قلدها وبعث بها
ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت
كنت أفتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه فبعث بها وأقام
في أهله حلالا فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لأن عند التوجه
إذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير

لا يصير محرما فإذا أدركها وساقها أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص
الإحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال إلا في بدنة المتعة فإنه يحرم من
حين توجه معناه إذا نوى الإحرام وهذا استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا
ووجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج
وضعا لأنه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية
وإن لم يصل إلى مكة فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة
الفعل فإن جلل بدنة أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرما لأن التجليل لدفع
الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والإشعار مكروه عند أبي حنيفة
فلا يكون من النسك في شيء وعندهما إن كان حسنا فقد يفعل للمعالجة
بخلاف التقليد لأنه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة
أيضا قال والبدن من الإبل والبقر وقال الشافعي رح من الإبل خاصة لقوله عم
في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة
فصل بينهما ولنا أن البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا
في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا **باب القران** القران أفضل من التمتع والإفراد وقال
الشافعي رح الإفراد أفضل وقال مالك رح التمتع أفضل من القران لأن
له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رح قوله عليه السلام القران
رخصة ولأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عم يا آل
محمد أهلوا بحجة وعمرة معا ولأن فيه جمعا بين العبادتين فأشبه الصوم و
الاعتكاف والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر
غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روي نفي
قول أهل الجاهلية أن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور وللقران ذكر في القرآن
لأن المراد من قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أن يحرم بهما من دويرة أهله على
ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الإحرام واستدامة إحرامهما من الميقات إلى أن يفرغ
منهما ولا كذلك المتمتع فكان القران أولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين
الشافعي رح بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين
وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران أن
يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم إني أريد
الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لأن القران هو الجمع بين الحج والعمرة

من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل
ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم
ومتى عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه
وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معًا لانه يبتدأ بافعال العمرة فكذلك
يبتدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس لان الواو للجمع
ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارًا بالصلوة فاذا دخل
مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول
منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبتدأ
بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا
في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران
في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام
الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما
يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافًا واحدًا و
يسعى سعيًا واحدًا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة و
لان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد
وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين
وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولان القران
ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال و
لانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست
هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا يرى ان شفعي التطوع لا يتأديان
بتحريمة واحدة ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت
الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه
اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف
التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك
لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم
فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة
او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي
منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما ذكر في بابه ان
شاء الله واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه

عليه وعلى البعير على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فان لم
يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا
رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم
تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء
النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل
ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل
عن الهدي فيستحب تأخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صام
بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها
منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه متعلق بالرجوع الا ان ينوي
الاقامة فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي
فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز
فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي
يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك يصوم
فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه
الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا
ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص
خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في
مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع
ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات
فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا
افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد
التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة ايضا والفرق له بينه وبين
مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه
بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة
فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق
لاداء النسكين وعليه دم لرفضها بعد صحة الشروع فيها فاشبه المحصر والله
اعلم

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان
الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع
لحجته وجه ظاهر الرواية ان المتمتع جمعا بين العبادتين فاشبه

القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان
تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع
على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق
بأداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله
اختلافات بيناها ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة
ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو
تفسير العمرة وكذلك ان اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل
النبي عليه السلام في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه انما العمرة الطواف
والسعي وحجتنا عليه ما رويناه وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت
في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج
ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره
على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عم في عمرة
القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف
فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم
بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد
والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي
وميقات المكي الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه
يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف
المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف وسعى
قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى
بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلثة ايام
في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلثة ايام من
شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع
لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه
وان صامها بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي
له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه
والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بيناه والافضل تأخيرها الى اخر
وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق
الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم ساق الهدايا مع نفسه

فی
ان شاء الله
ف
في الحج م

مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل
لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا والتقليد اولى من التجليل لان له
ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما
بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية
ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عم احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ
يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما ولا يشعر عند ابي حنيفة
رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها
بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر
لان النبي عم طعن جانب اليسار مقصودا وجانب اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا
الصنيع مكروه عند ابي حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعي سنة لانه
مروي عن النبي عم وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد
ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم
لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة
فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم واشعار النبي عم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون
عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم
فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال
فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي
الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عم لو استقبلت من امري
ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي
التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا
وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه
من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي
وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم
النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة
فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة
خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي

في جانب اليسار مقصودا وفي [illegible]
ی
تی

ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران
بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقا تيتان
فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة و
لم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه ألمّ باهله فيما بين النسكين المامًا صحيحًا و
بذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه
لا يكون صحيحًا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية
التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة
واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعًا قبل اشهر الحج فطاف لها اقل
من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعًا لان الاحرام
عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد
الاكثر وللاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا
ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعًا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار
كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك رح يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا
ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع مترفق باداء النسكين في سفرة واحدة
في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن
العبادلة الثلثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولان الحج يفوت
بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد
من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام
بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرمًا بالعمرة
لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت
ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان فصار
كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها
وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارًا وحج من عامه فهو متمتع اما الاول فلانه
ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل
هو قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون متمتعًا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية
وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم
يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة
فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من

صحيحًا

لان العود هنالك بعمرة غير مستحق
عليه فيصح المامه باهله
ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج

عامه لم يكن فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان
رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعًا في قولهم جميعًا لان
هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي
بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعًا بالاتفاق
لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة
ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة
الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين
في سفرة واحدة واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجز عن المتعة
لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المرأة عند
الوقوف تمت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف
بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف
ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال للاحرام
لا للصلوة فيكون مفيدًا واذا حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة
انصرفت لان الحيض في ترك الطواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه
طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول
فيما يروى عن ابي حنيفة رح ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول
وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك
مثل الرأس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق
وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه
الصدقة لقصور الجناية وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل
وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق
بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع الا
في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة
فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف رح
قال فان خضب رأسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء
طيب فان صار ملبدًا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو
خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف انه
خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه

وذلك لانه لم يكن متمتعًا عنده [illegible]
وقالا هو متمتع لان [illegible]
سفرة واحدة [illegible]

[illegible] ولا شيء عليها بترك طواف الصدر
لانه غير [illegible]

يحلق رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس
في الجامع الصغير ودل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه
دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه صدقة وقال الشافعي رح ان استعمله في الشعر
فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدام وله ما
انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت
جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل
الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فتوجب
الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل
البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم
بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه
او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب
وطيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان
كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف
يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس
اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود ليتحصل مح
من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه
ثم ينزع عادة وتتقاصر ما دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر
مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه
لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه خلافا
لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس
من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب
عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رح انه اعتبر
الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده ده
بعض الناس وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع
رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه الدم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال
مالك رح لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات
الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية

اللحية معتاد بالعراق وارض المغرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه
عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد
منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين
الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق
عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه
ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان
اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون
من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة
ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة
ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة يه
وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون
وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء من التفث فتجب صدقة ولابي حنيفة ان
حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو
كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق صدقة وعلى
المحلوق الدم وقال الشافعي رح لا يجب ان كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله
ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا
بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال
من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك
سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه
بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف
الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين و
قال الشافعي رح لا شيء عليه على هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الا تفان
لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان
من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال
بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او
قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه
يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام
وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء
التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه

الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان
كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر
الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى
العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا
فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه
صدقة معناه تجب لكل ظفر صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول
ابي حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها وجه المذكور
في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل
فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير
متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس
من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا
الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت
الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم
اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال
وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار
فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان
شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام ٢
وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك
وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه بما ذكرنا والآية نزلت
في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان
وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان
الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان
فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية
عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة
تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فان نظر الى فرج امرأته بشهوة
فامنى لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى وان
قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى

فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع
فيما دون الفرج وعن الشافعي انه يفسد حجه في جميع ذلك اذا انزل واعتبره
بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات
وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع ع
والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان
المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان
جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة
ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام
سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان
في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله
عليهم وقال الشافعي تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة
عليه اطلاق ما روينا فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه
لا فساد ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة ان في غير القبل منهما لا يفسد
لقصور معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق
امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما
ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لهم له نخ
انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع مع
وهو النكاح بينهما قائم ولا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع
ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة
يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد
الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا
جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة
لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ
موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء
دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع في العمرة
قبل ان يطوف اربعة اشواط افسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه
شاة واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة
ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا
بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه

ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية صح

فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان
كمن جامع متعمدا وقال الشافعي جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع
النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل
جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا
مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم
لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم والله اعلم

فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله عم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح
فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه
يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع
في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك
الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى
وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طوف هو تطوع ولو طاف
طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول نخها
فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله
ولان الجناية اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت
وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشي له حكم كله والافضل ان
يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد
والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجناية ايجابا لفحش
النقصان بسبب الجناية وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد
طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى
الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شي عليه
لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة
بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود
لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام وان لم يعد
وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود و
لو رجع اهله وقد طافه محدثا ان اعاد وطاف جاز وان بعث بالشاة
فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف

طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام
لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف
الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا
فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رح انه تجب شاة الا ان الاول
اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف
الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك طواف الزيارة ثلثة اشواط الاقل ٢
فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك ٢ يسير فاشبه النقصان
بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث
بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر
او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام
بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط
من طواف الصدر فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف
الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا
وهو الطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين
اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه
فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاد على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ
عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب
الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم
لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة
ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام
التشريق طاهرا فعليه دم فان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب
الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر
الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا
لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتاخير
الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد

الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحلّ فما دام بمكة
يعيدهما ولا شيء عليه أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث
وأما السعي فلأنه تبع للطواف وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان
وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر
بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير وليس عليه في
السعي شيء لأنه أتى به على أثر طواف معتد به وكذا إذا أعاد الطواف
ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه
دم وحجه تام لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون
الفساد ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شيء
عليه لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بتركه الإطالة شيء ولنا أن الاستدامة
إلى غروب الشمس واجب لقوله عم فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه
الدم بخلاف ما إذا وقف ليلا لأن استدامة الوقوف على من وقف نهارا
لا ليلا فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية
لأن المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب
ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لأنه من الواجبات ومن ترك
رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد
لأن الجنس متحد كما في الحلق والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام
الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة
فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافا لهما وإن
ترك رمي يوم فعليه دم لأنه نسك تام ومن ترك رمي إحدى الجمار
الثلث فعليه صدقة لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك
أقل إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف فحينئذ يلزمه دم لوجود ترك
الأكثر وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لأنه كل وظيفة
هذا اليوم رميا وكذا إذا ترك الأكثر منها فإن ترك منها حصاة
أو حصاتين أو ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص
ما شاء لأن المتروك هو الأقل فتكفيه الصدقة ومن أخر الحلق حتى
أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة وكذا إذا أخر طواف الزيارة وقالا
لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك
كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أن ما فات

أن ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث
ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم ولأن التأخير
عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالإحرام وكذا التأخير عن الزمان
فيما هو موقت بالزمان وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن
اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف رحمه الله لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول أبي
يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لأن السنة
جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والأصح أنه على الخلاف هو يقول الحلق
غير مختص بالحرم لأن النبي عم وأصحابه رضي الله عنهم أحصروا بالحديبية وحلقوا
في غير الحرم ولهما أن الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلاة فإنه من
واجباتها وإن كان محللا وإذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية
من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان
عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت
بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا
الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق
والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع لأن أصل العمرة
لا يتوقت به بخلاف المكان لأنه موقت به قال فإن لم يقصر حتى رجع
وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه إذا خرج المعتمر ثم عاد لأنه أتى به
في مكانه فلا يلزمه ضمانه فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان
عند أبي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم
بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الأول ولا يجب
بسبب التأخير شيء على ما قلنا

فصل

اعلم أن صيد البر محرم على
المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر إلى آخر الآية وصيد البر
ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء
والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة و
الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله قال
وإذا قتل المحرم صيدا أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء أما القتل فلقوله
تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على

على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق
بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث
ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة
من محظورات الاحرام وانه تفويت الامن عن الصيد اذ هو آمن بتوحشه
وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض
فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه
الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء
ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه
وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن
عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العائد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب
لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد
في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية يقومه
ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت
هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد و
الشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة
وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وهي الانثى من اولاد المعز اذا بلغت
اربعة اشهر وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء
مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون
نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة
والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه وقال عليه السلام الضبع
صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد يجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام
واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب
في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر
ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى
ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق
العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد
بالنص والله اعلم بالجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحش واسم النعم يطلق على الوحشي

على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير دون
ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله الخيار الى الحكمين
في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام
فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه
فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى
يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى
يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار
اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله
او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع
اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان
في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع
برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى
قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق ن
العباد وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى
هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي هو يعتبره بالهدي
والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة
فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان
والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة معقولة في كل زمان ومكان عن الطعام
معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب
عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم
الهدي ينصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجزي صغار الغنم فيها
لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار ر
على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا
اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم كل مسكين اقل من نصف صاع لان الطعام
المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم
المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير ر

الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا
الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل الطعام اقل من نصف صاع
فهو مخير ان شاء تصدق بها وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل
من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم
قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره
او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد
ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته
كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر
بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم
ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا
ما لم يفسد فان خرج من البيضة فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان
والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير معلوم وجه
الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته
فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذئب
والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب و
الفارة والكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب
والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض
الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه
والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى اما
العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي بالاذى وعن ابي
حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما
سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية
سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان
بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود
وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء
والصفراء الذي يوذي وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة
الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة

متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل
على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن
مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد
ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الاخذ وتمرة خير من جرادة لقول ابن
عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من
الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة
وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان
اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع
ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال الشافعي
لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا
اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه و
كونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على
الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا
والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر يجب بالغة ما بلغت
اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار
قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذي ومن هذا الوجه
لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء
عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع
عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى
كما في الفواسق فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود
الاذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن
من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء
لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا باس للمحرم ان
يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن
والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء
خلافا لمالك له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه و
نحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان بطأ النهوض

والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في
الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم
واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي يحل ما ذبحه
المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع و
هذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام
مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح
من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه جزاء ما اكل
وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه
باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة ان حرمته
باعتبار كونه ميتة كما ذكرناه وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصارت حرمة التناول
بهذه الوسائط مضافا الى احرامه بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من
محظورات احرامه ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه
اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك رح فيما اذا اصطاده
لاجل المحرم له قوله عم لا باس باكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصد له
ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه
الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي
قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق بها على
الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه
طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة
فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه قيمة يجب بتفويت وصف في المحل وهو
الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار
معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال
زفر رح يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه و
هل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله
فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رح فانه يقول حق الشرع لا يظهر في
مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض

او يصد له

الارسال

التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان
باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك
حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه
وكذلك بيع المحرم الصيد من المحرم او الحلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او
في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي رح عليه ان يرسله
لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم
جب ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص
لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك
وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان
اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين
من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه
وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه
والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده
عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم
صيدا فارسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان
الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم
حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد
منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع
الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع
على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو
بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال الضمان
س اليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس
فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام
لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل
لان حرمتها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بيناه

ويتصدق بقيمته على الفقراء او اذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره
بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس
الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان
شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع
ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى
غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة
ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة
اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه
ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رحمه الله
لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا
ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن
فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات وكل
شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم
لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد
وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة والحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق عليه عند
الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد
واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما
بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا
اشترك حلالان في قتل صيد فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء
عن الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ تجب عليهما دية واحدة
وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل
لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن اخرج
ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان
الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى
مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت
ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف
كوصول الاصل **باب مجاوزة الوقت بغير الاحرام** واذا اتى الكوفي بستان

بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت
وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله
لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض
من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه
وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك
المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات
كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة
اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه باقامة التلبية
فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة
مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف واستلم الحجر
لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط عنه بالاتفاق
وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة
فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء
لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق
باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك والمراد بقوله
ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا
وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء
يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام
ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزأه من دخوله مكة بغير احرام
وقال زفر رحمه الله لا يجزئه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما
اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم
هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا
تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف
المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني
ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول
زفر لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت
بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجه

هو يعتبر المجاوزة بهذه بغير احرام من المحظورات ولنا انه يعتبر قاضيا حق الميقات
بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا يعتد به غيره من المحظورات
فوضح الفرق وإذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف
بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم
ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا
فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة
واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم
بتاخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه
وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي والله اعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها
شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه
دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا
اذا احرم ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا وان طاف للعمرة اربعة
اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها
كما اذا فرغ منها وكذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
ولان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد و
رفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض
الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه
فيكون في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاءه
وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما
التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا
في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر
بحجة اخرى فان حلق في الاول لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاول
لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم
يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة فاذا حلق
وهو ان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه

اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر
الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير
عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه
قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم
جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع
في حق الآفاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة
فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته
لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه
اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم
بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر
فصح الاحرام بهما والمراد بهذا طواف التحية وانه سنة وليس
بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة
ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة
وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان
يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف
للحج فاذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها
ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها
اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال
الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه
رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها
اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية
اعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في
الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حل
للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكره في الاصل وقيل يرفضها احترازا
عن المنهي قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم
احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير
ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله
تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين

وان احرم بحجة بعير جامعًا بين الحجتين احرامًا فعليه ان يرفضها كما لو احرم
بحجتين وعليه قضاؤها للصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من
المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان
التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا سن
المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل
اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه نع
الحج الاتي حرج قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض
اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد
من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم
الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على
ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى
الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل
التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص ص
عليه الهدي والشاة ادناه ويجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس
المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث
بالقيمة حتى يشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى
انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف رح عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عم حلق عام الحديبية
وكان محصرًا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما يعرف قربة
مرتبًا على افعال الحج فلا يكون نسكًا قبلها وفعل النبي واصحابه ليعرف استحكام
عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنًا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل
عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم
يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم
الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارًا بهدي المتعة
والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رح انه دم
كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات

الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه
في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج
اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
ولان الحجة تجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت
الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء فالاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك
لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم
احصروا بالحديبية وكانوا عمارًا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود
في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى
القارن حجة وعمرتان اما الحج واحدهما فلما بينا واما الثانية فلانه خرج
منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديًا وواعدهم ان يذبحوه
في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه
ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء
الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان
يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا
ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه
وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان
يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانًا وهذا التقسيم لا يستقيم
على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن
يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رح وفي المحصر بالعمرة
يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول
زفر انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي
وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي
يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر
في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك
الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف
بعرفة ثم احصر لا يكون محصرًا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو
ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في
الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج
يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه

ولو توجه على ظن انه لا يدركه ولم يزل التوجه حتى ادرك الحج
عاف على يديه بالذبح لفوات المقصود ولكن
وجه لا كلام الضمان عليه نخ

في هذه المسئلة خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف والصحيح ما أعلمتك من
التفصيل والله أعلم باب الفوات ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف
بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد
إليه وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عم
من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة
ليست إلا الطواف والسعي ولأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق
للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين كما في الإحرام المبهم وههنا عجز عن الحج
فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه لأن التحلل وقع بأفعال العمرة فكانت في حق الحج
بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة
إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق لما
روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة و
لأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له وعن أبي يوسف أنه لا تكره في يوم عرفة
قبل الزوال لأن دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والأظهر من المذهب
ما ذكرناه ولكن مع هذا لو أداها في هذه الأيام صح ويبقى محرما بها فيها لأن
الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة
سنة وقال الشافعي فريضة لقوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولأنها غير
موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه أمارة النفلية
وتأويل ما رواه مقدرة بأعمال كالحج أو لا تثبت الفريضة مع التعارض في
الآثار وهي طواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله تعالى أعلم باب
الحج عن الغير الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب
عمله لغيره صلوة أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما
روي عن النبي عليه السلام أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن
أمته ممن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية إحدى الشاتين
لأمته والعبادات أنواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة
ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجري في النوع الأول في حالتي الاختيار والضرورة
لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لأن المقصود و
هو إتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهي
المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم إتعاب النفس والشرط العجز
الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة

القدرة لأن باب النفل أوسع ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه
وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فإنه عم قال فيه حجي
عن أبيك واعتمري وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لأنه
عبادة بدنية وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال
ومن أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج
ويضمن النفقة لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام وكل
واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما
لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك
بخلاف ما إذا حج عن أبويه فإن له أن يجعله عن أحدهما لأنه متبرع بجعل ثواب
عمله لأحدهما أو لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم
الآمر وقد خالف أمرهما فيقع عنه ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما
لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن
أحدهما غير عين فإن مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الأولوية وإن عين
أحدهما قبل المضي فكذلك عند أبي يوسف وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين
والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث
كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له
الحق وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصودا بنفسه
والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما إذا أدى الأفعال
على الإبهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال فإن أمره أن
يقرن عنه فالدم على من أحرم لأنه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع
بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه
وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد أن الحج يقع عن المأمور وكذلك
إن أمره واحد بأن يحج عنه والآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران فالدم
عليه لما قلنا ودم الإحصار على الآمر وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و
قال أبو يوسف على الحاج لأنه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الإحرام
وهذا الضرر راجع إليه فيكون الدم عليه ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في
هذه العهدة فعليه خلاصه فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدم في مال الميت
عندهما خلافا لأبي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكوة
وغيرها وقيل من جميع المال لأنه وجب حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع

ل
غير دم

على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل
الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث
لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه
ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر
دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما
بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله
بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام
ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند
محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا
بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث
الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله المال
لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبضه ولم يوجد التسليم
الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي
واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد
بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا ثلث
الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد
الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته
مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتبت له حجة
مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل
الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المامور بالحج قال ومن
اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه
فانما يجعل ثواب حجته له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح
جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما مر من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن
الهدي فقال ادناه شاة قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم
لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور
ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة
سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت
باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء

الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف
فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي
التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية
وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها
لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز
الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي قال له لا تاكل انت ورفقتك
منها شيا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال
رضي الله عنه في الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل
وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق
بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل
لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى
فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم
النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في
اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران
فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارة فلا يختص بيوم النحر
لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير
بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا
في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو
كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى
كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم
خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال
ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه
فيه لا عن التعريف فلا يجب وان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت
بيوم النحر فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون
مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على
ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي
البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال
ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح

ان النبي عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا
قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي
انه عم نحر الهدايا قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة
اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح
ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى ان يتولى
ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة
في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولي الباقي عليا رضي الله عنه ولانه
قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان
قد لا يهتدي لذلك لا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها
وخطامها ولا يعطي اجر الجزار منها لقوله عم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها
ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف
شيا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما
روي ان النبي عم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله
انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص
من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة
نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا
من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها
فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن
ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت
بهذا المحل وقد فات فان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان
الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله
لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه
واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها
وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل منها هو ولا غيره من الاغنياء بذلك
امر رسول الله صلى الله عليه ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها
وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء
ولان الاذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك
اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع

نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها
وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد
هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره
فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر
اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة
لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد
على ما تقدم **مسائل منثورة** اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم
انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا
يوم التروية وهذا لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما
وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم
لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى
عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين
فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية
لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان
جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع
هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع
الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف
في بقية الليل مع الناس واكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في
اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الب قيتين
فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه
تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه
ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة
قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم
البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عر فت
منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا
فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب
والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه
بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة
فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر

انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل فيه نقصا قالوا انما يركب اذا
بعدت المسافة وشق المشي اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي لا يشق
عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري
ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه
فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قايم مقام البايع
وقد كان للبايع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره ذلك للبايع لما فيه
من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبايع
ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان
يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها
وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص
شعر او قلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلوا
عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله
اعلم بالصواب تم الحج

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول
بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت
للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي و
بالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا
توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك
ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم
ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب
لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية
طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد
بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك
مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين
حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول
او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب
النكاح لقوله عم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان

الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة
له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد
من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط
وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين وفيه خلاف الشافعي وسنعرف
في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين
عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة
ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على
نفسه لاسلامه فكذا لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلِّدا فكذا
شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما
الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني
العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع
في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم
ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده
على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال
وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد
ينعقد بكلامهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج
ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما
جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غايبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن
ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر
شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غايبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من
قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية والجدات امهات
اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا بابنته لما تلونا ولا
ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخيه ولا ببنات اخته
ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية ويدخل فيها
العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم
عامة قال ولا بام امراته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير

قيده بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص سواء
كانت في حجره او في غير حجره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
ولهذا اكتفي في موضع الاحلال بنفي الدخول ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم
الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن
من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن
ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره
من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة
لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على
نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة
ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما
فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى
التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف
المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف
اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها او بنت اخيها لقوله عم
لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا
مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت
احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة
والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع
يحرم لما رويناه من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها
من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج
لو قدرتها ذكرا لا يجوز له ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب
لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان تصور ذلك من كل جانب
ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب

لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية
بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله و
فروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي
الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى ومن مسته امرأة
بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسته
امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر
ليس في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب
الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه
في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو
الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو
مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين
انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته
طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال
الشافعي ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح
بالكلية عملا بالقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح
الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا
بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود
يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا
فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع
الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع
وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين
من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابيات
ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان
كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون و
الخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده
وعلى هذا حل ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال

الشافعي لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته وعلى هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم
ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على
الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر
ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض
الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا
وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا
ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة
على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه
ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة
على ما نقرره في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون
حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها
من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها قال فان تزوج امة على حرة
في عدة من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لان هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا
ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع
احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها و
للحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص
على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة
لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم
النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك
يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا
ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف
الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة
حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير مسئلة نكاح الاخت في عدة
الاخت قال فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع
حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد
وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع
في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما

ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع
في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وان تزوج حاملا من السبي
فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان تزوج ام ولده وهي حامل منه
فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو
صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي
من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح
لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا
ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها
قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا احب
ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء
ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا
ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني
فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد رح لا احب
له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان
يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رح هو جائز لانه
كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي
وابن عباس صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع ونكاح الموقت باطل
مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو
صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة
والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت
لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين
في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها لان المبطل
في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة رح
وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة
انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها
وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو
قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر

انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده لتعذر
الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر
واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا
للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء

قال وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها
وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا
وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد
لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة
الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة
ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو
وغير الكفو ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يدفع
ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على
النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر
النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة
مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد
كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال
وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها
قال واذا استأذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في
نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن
الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت
لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون
رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل هذا غير الولي يعني استأمر
او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات
الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة
في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه و
يعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من

من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو
زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف
ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا
لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استأذن الثيب
فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا
منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها
بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان
مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها
بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف
ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق
به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها
واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت بل رددت فالقول قولها
وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار
كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي
لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا
ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة فان
اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان
لم يكن له بينة فلا يمين لها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء
الستة وستأتيك في الدعوى ان شاء الله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة
اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك
يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة
ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة
لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد
ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن
المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان
فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان النظر لا يتم

بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك
التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى
اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه
في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل
فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله
في المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا
الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة
تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا
فيما تقدم قوله عم الانكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما
الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا
الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان
زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام
على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف ره لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ
ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول
الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان
الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ
ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في
حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة
الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء
ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا
وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح
لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط
العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل
ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه
ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ في حق البكر

في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام
لانه ثبت باثبات الزوج بل للتوهم خلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت
البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق
فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى
ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها
وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات
بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت
بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح
ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير
ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه
ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء قال ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان
اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث قال ولغير
العصبات من الاقارب ولاية التزويج هذا عند ابي حنيفة معناه عند عدم العصبات
وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة ره
وقول ابي يوسف ره في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد ره لهما ما روينا
ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفوء اليها والى العصبات
الصيانة ولابي حنيفة ره ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص
بالقرابة الباعثة على الشفقة قال ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة
اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء
فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب
الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر ره
لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل
بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا
ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه
الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث
هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب
عكسه فنزلا منزلة الوليين المتساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد قال

قال والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو
اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار
بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال تفوت الكفو باستطلاع رأيه وهذا
اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها
فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ابوها
لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه
الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كابي الام مع بعض العصبات
والله المستعان **فصل في الكفاءة** الكفاءة في النكاح معتبرة
قال عم لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام
المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة
للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه
دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان
يفرقوا بينهما دفعا للضرر العارض عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب
لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء
لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل و
لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رح الا ان يكون نسبا
مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة
ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له
ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه
او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب
بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن
اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين
الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان
الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين
اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر
والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه
من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج
الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان

ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما
او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام
الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل
عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة
في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغناء فمعتبرة في
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافيها القادر على
المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغناء ويتعيرون بالفقر وقال
ابو يوسف لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع
وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان وعن
ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار
ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر
ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا
تزوجت ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى
يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد
على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة
صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما
بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها
فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج
الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز
ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز
العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا
لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما
ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق
غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها
وعندهما الضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز **فصل في الوكالة**
في النكاح وغيره ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح

لا يجوز واذا اذنت المراة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين
جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا و
متملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه
ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع
في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى
رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين و
لا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف
فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة
بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي
وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي
كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم
فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد
عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت
جاز وكذلك اذا كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا
فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا
من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين
او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين
ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق
على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة
وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين
لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع
واخواه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه
امراة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما
للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز
عند ابي حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد

ومحمد لا يجوز الا ان يزوجه كفؤا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج
بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان
اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز من التزوج بمطلق الزوج
فكانت الاستعانة في التزوج بالكفؤ

باب المهر

قال ويصح النكاح وان
لم يسم فيه المهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر
واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها
بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم
وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها
قوله عم ولا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر
بما له خطر وهو العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع
الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية
لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو
طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم
شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه
بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته
والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية
والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره
وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل
الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات
عنها زوجها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في
الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه
انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة
البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية وهذه المتعة واجبة رجوعا
الى الامر وفيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها
وهو درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس

رضي الله عنهم وقوله كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها وهو قول الكرخي
في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح أنه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى
على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص
عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الأصل وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا
ثم تراضيا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول
بها فلها المتعة وعلى قول الشافعي رح لأنه مفروض فيتنصف بالنص ولنا أن

وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض رح صح

هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا
ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف
وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رح وسنذكره
في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق
قبل الدخول على قول أبي يوسف أولا لا تتنصف مع الأصل لأن التنصيف عندهما
يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر
وإن حطت عنه من مهرها صح الحط لأن المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة
البقاء وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها
كمال مهرها وقال الشافعي لها نصف المهر لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى
بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع
وذلك في وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وإن كان أحدهما
مريضا أو صائما في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة أو كانت حائضا
فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الأشياء موانع
أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن نوع تكسر
وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة
والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا
وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر
في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع
في رواية لأنه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها
كنفله وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة رح وقالا
عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة
ولأبي حنيفة رح أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به
قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة

والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال
لا يحتاط في إيجابه وذكر القدوري رح في شرحه أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة
لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة
قال وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل
الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة إلا لهذه لأنها
وجبت صلة من الزوج لأنه أوحشها بالفراق إلا أن في هذه الصورة نصف
المهر طريقة المتعة لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا أن
المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد
يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب
شيء من المهر وهو غير جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل وإذا
زوج الرجل بنته على أن يزوجه الزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين
عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي يبطل العقدان لأنه
لأنه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب
فبطل الإيجاب ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما
إذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وإن تزوج حر
امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها
قيمة خدمته وإن تزوج عبد بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته
وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض
عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأن بذلك تتحقق المعاوضة فصار كما إذا تزوجها
على خدمة حر آخر أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء
بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز
استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر
آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى
حيث يخدمها بإذنه وأمره وبخلاف رعي الأغنام لأنه من باب القيام بأمور
الزوجية فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رح تجب قيمة
الخدمة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج
على عبد الغير وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لأن
الخدمة ليست بمال إذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير ولهذا لأن

تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل
وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه
لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر
مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف
حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم
المهر له بالابراء فلا تبرا عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل
اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر
ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة
ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف
ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة
فيه لا تتنصف حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض
فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر
على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا
وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان
او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان
الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه واذا تزوجها
على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط
فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها
فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف
فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف
ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها

فلها مهر مثلها لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف
ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان
ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات
في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها
فيه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها
اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان
كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله
وان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما
ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل
متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل
اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف
الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان
اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج
رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف
الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة وان تزوجها
على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان
شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة
ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما
اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال
الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع
لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير
مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسده الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا
ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه
يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط
لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة
اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة
فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها
على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه

ان يذهب جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي يصح التسمية
ويخير الزوج لما بيّنا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست
من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته
وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا
فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط
قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة
رح وقالا مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب
مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح تجب القيمة لابي يوسف
انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال
كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة يقول اجتمعت الاشارة
والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه
تزوج على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه
يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف
يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه
وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية
والاشارة تعرف الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت
فاذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس ولو اشترى انه ياقوت احمر
فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس
واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت
في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها
الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب
المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد
وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته
وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها
ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل
عنده واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول
فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع

منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطئ
فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع
الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل
لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى
لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته و
عليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب
ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار
شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط
في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت
الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة
باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رض
لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة
الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من
قبيلتها لما بيّنا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها
لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال و
المال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف
وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة
لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل
الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها
او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان
بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في
النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح
ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح
الضمان لصار ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار
انه عاقد الا يرى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال
وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها
ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس
للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله

اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء
ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما
في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس
لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة
او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة
بها برضاها ويبتني على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما
اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس
كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف
في البضع المحترم فلا تخلي عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة ما وراءها
فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار
المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى
يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث
سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة
لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة
الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها
فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف
مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول
قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع
البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول
في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل
لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا
اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول
القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير
انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل
قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة
لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في
العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع
الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا

فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة تدعي الالفين
فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الالفين او اكثر فالقول قولها وايهما
اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة
وفي الوجه الثاني تقبل بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا
تحالفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلث ثم يحكم مهر
المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف في المقدار بعد موت احدهما
فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان
الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى
القليل وعن محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة
القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى
واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج
وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه
المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد
بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه
قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة
ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا
فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك
كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها
والمراد منه ما يكون مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا
وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها
قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة
وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلقها
قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا
بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام
وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع
الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا
يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف

وبالمحاجة وكل ذلك سقط عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصار
كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى من عقودهم لقوله عم الا من اربى
فليس منا وبينهم عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة
والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض
وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك
في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما
واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه
امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك
في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج
الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب
ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير
المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا
كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير
دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب
القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال
مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج
بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه
بغير اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي
في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته
لانه باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك
تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج
العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود
سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة
عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان
فيه لانهما لا يحتملان النقل الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما واذا
تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد

لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد وهو ادنى
فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون
الا في النكاح الصحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا
ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن
بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز
فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض
المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض
المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي ومسئلة
اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امراة جاز والمراة اسوة للغرماء في
مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره
والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه
دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج
امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان
حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان
النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء
الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي لا اجبار في
العبد وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص الادمية والعبد داخل تحت
ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك
تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان
فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن
زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر
لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي
وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق
احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة
نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى
امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسها غير معتبرة في حق احكام الدنيا
فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق الدنيا حتى تجب الكفارة

عليه وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
أن الإذن إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها
فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه
ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق
الحرة وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا
لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما إذا كان الزوج حرا
وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات
فتملك رفع أصل النكاح دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن
مولاها ثم أعتقت وقال زفر لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان
المهر لها ولا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها ولنا أن العلة
ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وإن
تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح لأنها من أهل العبارة وامتناع
النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك
كما إذا زوجت نفسها بعد العتق فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة
فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى
وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف المسمى
لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى
ولهذا لا يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يجب
إلا مهر واحد ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة
أن يدعيه الأب ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك
جاريته للحاجة إلى صيانة الماء غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه فلهذا يتملك
الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له إذ المصحح حقيقة
الملك أو حقه وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين
أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لأنهما يثبتان
الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان زوجها
أباه فولدت لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لأنه صح التزوج عندنا
خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الأب ألا يرى أن الابن ملكها من كل وجه فمن المحال أن
يملكها الأب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الأب لو كان فدل ذلك

على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد للشبهة فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا فلم يثبت
ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح
وولدها حر لأنه ملكه أخوه فعتق عليه بالقرابة وإن كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني
بألف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد وأصله أن يقع العتق عن الآمر عندنا حتى
يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لأنه طلب
أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق
عن المأمور ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق
عنه فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه وقوله
أعتقت تمليكا منه ثم الإعتاق عنه وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين
الملكين ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
وقال أبو يوسف هذا والأول سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض
كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص
فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب
عن الآمر في القبض أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر
النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام وقال أبو يوسف ومحمد
في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل
وإنما لا نتعرض لهم لذمتهم إعراضا لا تقريرا فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما
أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين إياها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا
بجميع الاختلافات ولأبي حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه
إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لا يعتقده بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده
وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة
لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة وإن تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما
لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق
وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لأنها
لا تنافيه ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق
أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه ولو ترافعا يفرق بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز أن يتزوج
المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل والنكاح
يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها محبوسة للتأمل

وعدة الزوج تشغلني ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين كتابيا فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي له يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح فاذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتني عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان سبب الفرقة يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي له يفصل كما قال في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة له خلافا لهما وسنبينه ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي له لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي تقع فالحاصل ان السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح و

ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء وكذلك بقاء وصار كالشرى ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة له وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام وله انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة له انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجه الفرق ان الردة منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا للنكاح لكونها منافية بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر له يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عليه الصلوة والسلام من كانت له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما رويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من

اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم
فان لا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر
بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع
بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق
للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة
منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه الصلوة والسلام ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع
تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان
ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود
بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من
حال الى حال لا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد
الحولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء
لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل
لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على
مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق
بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشوز وذلك
في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا استغنى عنه
ووجهه انقطاع النشوز بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح
لان الاباحة ضرورية لكونه جزء الآدمي وقال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث
الذي روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته
من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من
الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع ع

الرضاع وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب
لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه **قال** ولبن الفحل يتعلق به
التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير
الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يتعلق به التحريم لان الحرمة
لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة من النسب من الجانبين فكذا بالرضاع و
قال عليه الصلوة والسلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب
لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه
من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت
من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى
هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه
اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع
قال واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق
به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر
بمقابلة الغالب كما في اليمين واذا اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة
وقالا اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى
لو طبخ لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله
ولابي حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر
اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء
واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول وان اختلط
بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب
كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق به التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار شيئا
واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله تعلق التحريم بهما لان الجنس
لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله
في هذا روايتان واصل المسألة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به
التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن
المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في
ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا
لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في
اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم في اللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة

ونا وثمة اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي
باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان
المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد
ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه
ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا
شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج
الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت
رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من
قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان
كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة
ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأته وعن محمد انه يرجع
في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر
وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا
وانما ثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب
لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح وان
كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت
بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح لكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون
الفساد لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون
متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة
النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة
امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن
اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك
في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول
ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا **كتاب الطلاق** قال رضي الله عنه الطلاق على ثلثة
اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها
فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين كانوا يستحبون ان لا يزيدوا
في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا
عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة
والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك ره

انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد
اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر والحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى
ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما
يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة
واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي كل الطلاق
مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة
الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح
الذي تعلق به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في
المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها و
المشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع
الثنتين في طهر واحد بدعة لما قلنا واختلف الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة
لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص
ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول
بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهي ان يطلقها في طهر
لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع واما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر يفتر الرغبة وغير المدخول بها
يطلقها في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير
المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر قال
واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى
شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة
وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة ره وعندهما يكمل الاول
بالآخر والمتوسط بالاهلة وهي مسألة الاجارات قال ولا يجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها
وبين طلاقها بزمان وقال زفر ره يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة
وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتبار وانه
عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكره تكثر من وجه آخر

لانه يرغب في وطء غير معتاد فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتدة طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه الصلوة والسلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح انها واجبة عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفصل ههنا ببعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر تطليقة واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا ان لم يكن سنيا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع

الجمع بطل تعميم الوقت فلا يصح نية الثلث

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه الصلوة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين فاختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي رحمهما الله انه لا يقع وهذا احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع ع
يقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه الصلوة والسلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه الصلوة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روى ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى

لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل في التخليص ولو قال انت
مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه
عرفا فلم يكن صريحا قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك
وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر
لطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا
على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وثلاث طوالق
فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة
لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف
معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت
الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له
نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث
ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده
يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى
واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل
اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق
يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح
الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لان المصدر يحتمل العموم
والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال
الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول ان الثنتين
بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول
الثلاث انما صحت بكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار
معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان
معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى
بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق
واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع
فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها و
اذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق
لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة

المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك او بدنك
او جسدك او فرجك او راسك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع
البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة
وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه الصلوة والسلام لعن الله
الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك
روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه
النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك
او ثلثك لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون
محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك
طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع الطلاق
وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح
وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم
يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي
ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على
القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها
او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد
في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا
حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر
انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت
طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا
الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين
فهي طالق ثلاثا لان نصف التطليقتين تطليقة واحدة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف
يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة
قيل يقع تطليقتان لانها تطليقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث
تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا ولو قال انت
طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وقال
من واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا في الاول هي ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر رحمه الله في
الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا يدخل

تحت المضروب لا الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما
يقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين
ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة
كما ذكرا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد من ان تكون موجودة
ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه
موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه
خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب
والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف
الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله ولنا ان عمل الضرب في
تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها
فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف
يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة
وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تأتي بمعنى
مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة
لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى
الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلاث لان قضيته ان
يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على ثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول
على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه
بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او
في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في
الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا
اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف
الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه
علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط
والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل في اضافة الطلاق الى الزمان**
ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق

بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر
النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمل
مخالف للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول
الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه
لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف
لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت
طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا
لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى
حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب فتعين
الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب
حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال
والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا
الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم
لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق
فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا
عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها
اول امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية فلا يمكن تصحيحه
اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع
الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع
شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا
صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق
ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك و
سكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق
وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف
الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة ولو قال انت
طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس

من الجودة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته
هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم
تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان
كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا يكون كريهة
ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتما ولهذا لو قال
لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى
شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما
اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم
تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى
اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف
فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر
العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي
طالق بهذه التطليقة معناه اذا قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع
المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد
زمان لم تطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ
منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو
المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه
الدار فتشاغل بالنقل من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت
لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم
والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق
الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن
بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض
النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار
يتناول البياض خاصة هو اللغة **فصل** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال
انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى
لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق
وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج
الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان

وقف
وقف

ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا
سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف
التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة
الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه
كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا
وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول
محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء
ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل ففي محمد روايتان
له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك
في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر
العدد الا يرى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا ولو كان
الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت
المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع
ما كان العدد فيه كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت
طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية
له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك
امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة
للمنافاة بين المالكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه
اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من
وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة
وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى
حل وطؤها له واذا قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق
لان اللفظ ينتظمها والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به
والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا
عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده
ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي

حرمة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين بقي شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر
للتأخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا الآية فيحمل عليه بدليل ذكرنا في مختصر
الشرط وان قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت
حرة فجاء غد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن
الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة
مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار
كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق
المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمانها لانه حرمة
غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد
العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان
العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته
فيقترنان **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ومن قال لامرأته انت طالق
هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد
العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا
وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي
ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة
منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق
ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة
في الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه
لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق
بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن والبتة
وقال الشافعي لا يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة
فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان
لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة
ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث
فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى

اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره
وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه
لما قلنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان وطلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون
البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض
فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون
رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة
بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك
باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله
يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها انت
طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي
ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض
والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما يصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني
فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف
ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد
انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا
فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ
البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند
انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء
يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي
زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء
كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم للزيادة ده
لا محالة وعند زفر انه ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع
بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وبيانه
في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال
انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن
تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول
وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو اد

ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها
بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل
الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا على ما
بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق
بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق
لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه
فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق
واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها
انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد
فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع
فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها
من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت
واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية
كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية
كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي
ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت
طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية
في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت
طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها
بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان
الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان وكذا اذا قال انت طالق
واحدة بعد واحدة وقعت ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع
الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ايضا ولو قال انت
طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع
للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي
سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام
المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا يقع ثنتان
ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت

طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث
او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة
كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه
مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف
ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع
واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع
بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع
بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها
تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته
فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد
لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها
تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله
والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومه ولما
احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت
طالق فيها مقتضى وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي
نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت
واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا
مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك
وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت
حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق
فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال
رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان
الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة
الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح
جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية
والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق يصدق فيما
يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي

امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤاله الطلاق ويصدق
فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا
المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك
لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي
واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة
الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك وخليت
سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب
ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان
الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد
والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا انه تصرف الابانة صدر من اهله مضافا
الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة
ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة
من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين
احد نوعي البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا يصح
ی فيه نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل ولو قال لها اعتدي
وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له
وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال
حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي
النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه و
بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا
واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع
يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما
في ضميره والقول قول الامين مع اليمين **باب تفويض الطلاق فصل
في الاختيار** اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي
نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت
منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع
الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس

المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة اخرى بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس
الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق
من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل
تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري
كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بها شيء وان نوى الزوج
الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره
الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه يملك ان يستديم نكاحها
او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن
لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن
ولا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف
الابانة لان البينونة تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها
حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف
بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا
ت للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت
يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته
وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في
الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد
مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت
اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه
الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق
والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت
لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي م جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة
في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق
نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها
انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها
اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا
ج في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما يحتاج

الأفراد حج

إلى أنه لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما أن ذكر
الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد
وله أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان و
الكلام للترتيب والإفراد من ضروراته فإذا لغي في حق الأصل لغي في حق التبع ولو
قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها
ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد أولى ولو قالت
طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ
يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة فيملك
الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة **فصل**
في الأمر باليد وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة
فهي ثلاث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة
الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث
ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن
الواحدة نعت لمصدر محذوف هو في الأولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة
إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها
خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع وإنما يصح
نية الثلاث في قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث
نية التعميم بخلاف قوله اختاري لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال
لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها
بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت
من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم عبارة عن الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين
فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وقال زفر هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد
غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والأمر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالأول ويجعل الثاني
أمرا مبتدأ ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وإن ردت
الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في الغد لأن هذا أمر واحد لأنه لا تخلل بين الوقتين
المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع
فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين وعن أبي حنيفة رح أنها إذا ردت الأمر في اليوم
لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع وجه الظاهر
أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا إذا اختارت زوجها

زوجها برد الأمر لأن المخير بين الشيئين لا اختيار أحدهما وعن أبي يوسف أنه إذا قال
أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران لما ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم
وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها
لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل
فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم
فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من
يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم
إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها
لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق
لازم في حقه بخلاف البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق وإذا اعتبر مجلسها
فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الأمر
من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوما
لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه
أو يدل على الإعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل
آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست
فهي على خيارها لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي وكذا إذا كانت قاعدة
فاتكأت أو متكئة فقعدت لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا
كما إذا كانت محتبية فتربعت **قال** رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر
فكان إعراضا والأول هو الصحيح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان
عن أبي يوسف ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها
لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت
تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها وإن سارت بطل خيارها لأن
سير الدابة ووقوفها مضاف إليها والسفينة بمنزلة البيت لأن سيرها غير
مضاف إلى راكبها ألا يرى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر
فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة
فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد
أراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق
وهو اسم جنس فيقع على الأقل مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس فلهذا

تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها ويكون الواحدة رجعية لان
المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت
المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت
نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق
الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت
ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو
تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة
باينة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى
انه لو قال لامرأته اخترتك او قالت اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا
بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع
بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال
لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا
قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها
طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة
في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي
فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم و
لا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا
لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج
ان يرجع وقال زفر رح هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف
عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه
علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشية والطلاق يحتمل التعليق
بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة
لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة
لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رح انها
اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدية لا مجيبة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة
والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت
بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة

في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا فلم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها
فلغى وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت باينة او امرها بالباين فطلقت رجعية
وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة
فتقول طلقت نفسي واحدة باينة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف
لما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة
باينة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فيقع باينة لان قولها واحدة رجعية لغو منها
لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين
الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج باينا وان
قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة فلم يقع شيء لان معناه ان شئت
الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث
ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة بمشيته ح
كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت
فقالت شئت ان شئت فقال الزوج شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها
ح بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج
الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة
ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت
طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله
اردت طلاقك لانه لا تنبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي
او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتي به مشية معلقة
فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت
لان التعليق بشرط كاين تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة
متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر
على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا
قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون
الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما
فهو ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رح وان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الامر نهاية
صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان

تطليق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب
تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج
آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة
واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال
لها انت طالق حيث شئت واين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية
لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى
ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون
زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت
تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت شئت واحدة بائنة او ثلاثا
وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين
مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة او على القلب يقع
واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره
النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير **قال** رضي الله عنه قال في الاصل
هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء رجعية او بائنة
او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التعليق اليها على اي صفة شاءت ت
فلا بد من تعليق اصل التعليق بمشيتها ليكون لها المشية في جميع الاحوال اعني
قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ره ان كلمة كيف للاستيصاف يقال اصبحت
والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال لها
انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان للعدد
فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان
ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال ولو قال لها طلقي
نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق
ثلاثا عند ابي حنيفة ره وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكم في التعميم وكلمة
من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من
نسائي من شاءت ولابي حنيفة ره ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما
استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشية حتى
لو قال من شئت كان على الخلاف

باب من الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان
تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله عم

لقوله عم لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط
لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل
ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور
عن السلف كالشعبي وغيره واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول
لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال
والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا
ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون
مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين الامرين والاضافة الى
سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت
الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضاف
الى الملك وسببه فلا بد من واحد منهما **والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى
ومتى ما** لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ يليها افعال فتكون علامات
على الحنث ثم كلمة ان حرف في الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها
وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق
بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه
فهو حر **قال** ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم
والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانها تقتضي
تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها الآية ومن
ضرورة التعميم التكرار **قال** فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر
الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء
وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر ره وسنقرره من بعد ان شاء الله
تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق يحنث
في كل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من
الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد
الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء
فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود
الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج
الا ان تقيم المراة بينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع

الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها
فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة
فقالت قد حضت طلقت هي ولم يطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق
نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما في حق العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال
ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت
احب او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت
ولم يعتق العبد ولا يطلق صاحبتها لما قلنا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة
بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة فاذا حضت
فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع
دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق حين حاضت
لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء
هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك
بالطهر وكذلك انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم
الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف
ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه
ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول
لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت
الغلام اولا وقعت واحدة فتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى
لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت
عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة
فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك
والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان
قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت وانقضت
عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة

مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك
فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني
في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك
والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب خلافا له اعتبارا للاول بالثاني اذ هما
في حق الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط
حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني
عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة ولو قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول
فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق
وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود
اليه بالثلاث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا
فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر
يقع الثلث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث
واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث
المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال
لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان لبث
ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك
فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام
عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام
للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة
الاتحاد بالنظر الى المجلس المقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن
احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا لمحمد لوجود
المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا به لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من
حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى
بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط لانه لا يعلم ثمة

فيكون اعداما في الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط
ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا (او ذكر الشرط)
عن الاول **قال** وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج
الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات
الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء واذا قال انت طالق ثلاثا الا واحدة (وان قال)
طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء
تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين
قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله لفلان علي عشرة الا تسعة فيصح استثناء
البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه
لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا (بغيره)
كما ذكرناه قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان
وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء
الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امراته
في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة
فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت
بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية
سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله
الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة
يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء
لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه
خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت
نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال
حقها والتاخير لحقها ولو قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان
الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها
وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك
فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا
على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا يرى

الا يرى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان
العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة
ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار
الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان
على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها
وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة
عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام **قال**
ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امراته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا
او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا
ان امراة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما
يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون
بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك
وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف
القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت
به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا
اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينما
اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل قال
واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر
او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه
اما ان تعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة
وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما
في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال
اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار
وصلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد
الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق
بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق
يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه

الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه سواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض
او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال
اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض فان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق
الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه
بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد
ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام
وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها
في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما
اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال انه لا ميراث
لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد
من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج
الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه **قال** واذا
طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد
الفرار حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا
تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق
يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت
ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها
في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهليتها للارث اذ المرتدة لا ترث
احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية
لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها
تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة
بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في
المرض ورثت منه وقال محمد لا ترث وان قذف في المرض ورثت في قولهم
جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار
الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء
وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان
الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون
ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه **قال** والطلاق الذي يملك
فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطئ

الوطئ فكان السبب قائما **قال** وكل ما ذكرنا انها ترث اذا مات وهي في
العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية
من او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن
بمعروف من غير فصل لا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى
انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد
انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة
ولا خلاف فيه بين الائمة **قال** او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او
ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع
القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم عليه وطؤها و
عندنا هي استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع
دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل
تختص خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح
كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج
يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فيطول العدة عليها **قال** ويستحب
ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في احد
قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا
اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست
شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو
يستحب فيها ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال
كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة
ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد
مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح الرجعة لانها صادفت
العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال
لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة
انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء
فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال

قول الزوج وهي الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق
يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة
بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها
عند ابي حنيفة وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له وقد اقر
بما هو خالص ملكه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم
الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو
كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية
العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف
الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها
ولا يظهر ملكه مع العدة واذا قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى
لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم
من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل واذا انقطع
لاقل من عشرة ايام لم ينقطع حق الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة
كامل لان الحيض لا مزيد لها على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت
العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من الاحكام الطاهرات
بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة
زائدة فاكتفي بالانقطاع وينقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي
يوسف وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت انقطعت الرجعة وهذا قياس
لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال
فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف
الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات
والاحكام الثابتة ضرورة ايضا اقتضائية ثم قيل ينقطع بنفس الشروع عندهما
وقيل بعد الفراغ من الصلوة ليتقرر حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا
من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان
كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون
العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق
ان ما دون العضو مما يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول

وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي
يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الكامل وعنه وهو قول محمد
بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة
يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر
وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا واذا ثبت
الوطي تأكد الملك والطلاق في الملك المتأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع
ولهذا اثبت بهذا الوطء الاحصان فلان تثبت به الرجعة تنقضي العدة بالولادة فلا
الرجعة بها خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم
يملك الرجعة لان الملك انما يتأكد بالوطء وقد اقر بعدمه فيصدق في حق
نفسه والرجعة ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا
على قبضه بخلاف ما تقدم فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها
ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه ثبت النسب منه
اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطيا
قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق
لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون
بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق
عليها بالولد الاول ووجب العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة
لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق
فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا
جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه
يجعل العلوق من وطي حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان
اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا
ويقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من
ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل
عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها
خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره

على موضع بغير مراجعتها ثم يطلقها فيطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى
يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا كان له ان يغشاها
عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة
فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله
من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج
الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد
على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال
الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة
حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه
التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة
اجماعا او نظرا له على ما تقدم باب ما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق بائنا
دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق
لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه
النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في
الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها
والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد
الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف
لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما
تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على
الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى
تذوق عسيلة الآخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب
وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه
كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول
في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره
في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب الغسل
عليها واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي
وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة

والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا
قال رضي الله عنه ووطء المولى لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها
بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له فان طلقها بعد
ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن
ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده
وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع
فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين
وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة
بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله
المحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت
عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة
تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة
لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر
اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب
العدة ان شاء الله تعالى باب الايلاء واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك
او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم
تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته
الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين يرتفع بالحنث
وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين بتفريق
القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه
المدة وهو الماثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله
عنهم وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء
المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان
كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به
الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها
عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية واطلاقها

وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج
فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها
لما بينا فان تزوجها بعد زوج اخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي
فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان
وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا
لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها
في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك
شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع
ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان
الثاني ايجاب مبتداء وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية
اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة
الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى اخرها اعتبارا
بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء
يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الاخر
لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر
او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة
وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج قال ولو حلف
بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر
الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق
ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه
البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه
والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك
مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا
لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من
نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء
لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم
تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام
المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين
منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا

اجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر
على الجماع او كانت المرأة مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما
مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت
اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع
واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون
ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع
في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان
قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء
لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي
الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن
فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف
لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم

باب الخلع

واذا تشاق
الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه
بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع
بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا
ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله
يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان
زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد
٤ في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها
وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا بدءا ووجه
الاخرى قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد
كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذا اذا اخذ والنشوز
منه لان مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك في حق الاباحة
لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق و

ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها
والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز
الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه
معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فيملك هي الآخر
وهي النفس تحقيقا للمساواة **قال** فان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على
خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان
رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه
لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو
يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى
يصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم
الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار
مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان
ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج
غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم
والفقه فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط
فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال **قال** وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان
قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها
لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها
فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج
راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى
قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به
على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من
الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع
واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه
فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم
قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة
عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا
النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف

لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا
لان حرف البا تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب
المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند
ابي حنيفة رح ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان
كلمة على بمنزلة البا في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان
لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان
شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط
فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف البا لانه للعوض على ما مر فاذا
لم يجب المال كان مبتدئا فوقع وملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك
ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي
بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت
بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت
وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان
معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون
لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق
بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت
حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق
والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم
بمنزلة قوله بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها الا بدلالة اذ الاصل فيها
الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة
فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين جميعا والطلاق واقع و
عليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها
شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها و ومن جانبها شرط

ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه منه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق **قال** ومن قال طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به وانكاره القبول رجوع عنه **قال** والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح انه لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه **قال** ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عم للذي واقع امرأته في ظهاره قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه **قال** وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو كما قال لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على معنى الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار

ظهار. ع

يكون ظهارا

لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وان لم يكن له نية فعلى قول
ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي
حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا
هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق
لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه و
لابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه **قال**
ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى
من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار
منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر
منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت
التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق
المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي
كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا
اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة
والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم **فصل في الكفارة قال**
وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم
يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة
على هذا الترتيب **قال** كل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر
للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها
على الوطي ليكون الوطء حلالا **قال** ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة
والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة
عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة يقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص
عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته
المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين والرجلين
لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا
اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى
الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانت مقطوعتين

مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر و
يجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة
الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال
لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين
لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان
الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان
الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان
الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن
ابي حنيفة انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف
امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا
جاز خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق
قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه
لانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا
ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم له الاكساب والاولاد لان العتق
في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري فلا يظهر في حق الولد والكسب وان
اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا
الخلاف كفارة اليمين والمسألة ياتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى
فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ره
ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة
وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة ره ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه
بالضمان ومثله يمنع الكفارة فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه
عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان تمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف
ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة ره اما
عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق
باقيه لم يجز عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون
قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف

اعتاق الكل فصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين
متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق
اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال
ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل
فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا
استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يستانف
لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على
المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما
ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة
وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف
لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة
الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم
عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر
الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله
في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان
المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك
مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير
جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره بان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق
ملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي
لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك
ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام
وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما
الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة
ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام
في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان
اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن
يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم

في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين
واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل يجزيه وقد قيل لا يجزيه لان الحاجة الى التمليك
تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص
وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام
ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق
او الصوم ومن عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن احد
منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدي وفاء بهما والمصروف
اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدي يصلح كفارة
واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع
عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق بالدفع لانه في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي
عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا
جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام
شهرين متتابعين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل
واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعله في
الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول
زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما
لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف
مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا
صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني
اذا صام عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها
او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان
عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه
ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما
يكون من الجنس ثم قال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا
الركن هو الشهادات المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم

فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم

مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا
نقول لا بد ان يكون من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي
ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي
الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره
بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى يظهر الملحق به و
يشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو عليه
او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص
الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او
تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان
لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية واللعان خلف عنه وان كان هو من اهل الشهادة وهي امة او كافرة
او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة
او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها
وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك
قوله عم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة
تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لان
امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس باهل له قال وصفة اللعان ان يبتدي
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن
الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان
من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في كل مرة ثم تشهد المرأة اربع
مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا
وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به — والاصل فيه ما تلونا من النص
من الزنا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما
رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظ
المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لا تقع
الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت

يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف
فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قوله عم
لذلك الملاعن عند النبي عم كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان
وتكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه
كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد
لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة
بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب
فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر
الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب
المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد
ويلحقه بامه لما روي انه عم نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها و
لان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق
وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب
لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا
للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا
وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي
صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن
الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى — به اللعان لانه يتعلق
عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان
وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر
وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا
لم يكن قاذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كأنه قال ان كان بك حمل فليس مني
والقذف لا يصح تعليقه بالشروط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود — بالشروط
القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عم نفى
الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة
لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل

ولدا امرأته عقيب الولادة او في حالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح
نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد
يصح نفيه في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة فقدرناها بمدة النفاس لانه
اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا
ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك
الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي
ذكرناها على الاصلين واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه
بالثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف
بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها
عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما
اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان
الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية
فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا
مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد
من طلبها لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف
الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ
عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها
لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها
فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه
لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول
قوله لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف
بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كان بكرا نظر اليها النساء فان
قلن هي بكر اجل سنة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل
كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو **قال** واذا اجل العنين سنة فقال قد
جامعتها وانكرت نظرت اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن

شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج
فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا
في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها
بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو
الصحيح وتحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا تحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار
للزوج وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عم فر من المجذوم فرارك من الاسد
ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى
وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون
او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لها الخيار
دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق
ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما
يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة
ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة
اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة
الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها **قال** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي
الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما
جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق
يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عم وعدة
الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض الاية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الاية وان كانت
حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان
الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله
لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه
يتجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران
وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى

لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن وان كانت امة
فعدتها حيضتان ع م

وأولات الأحمال أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما من شاء باهلته
أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة قال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت
المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها
عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها
ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث
لا في حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق
الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته
امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر
باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر فإن أعتقت
الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح
من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال
النكاح بالبينونة أو الموت وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم
انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ومعناه إذا رأت
على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن
الخلفية بتحقق الإياس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق
الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل منه والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما
الحيض في الفرقة والموت جميعا لأنها وجبت للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء
حق النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها
ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه
عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها
ثلاثة أشهر كما في النكاح وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع
حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله عدتها أربعة أشهر وعشر
وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما
إطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن ولأنها مقدرة بمدة وضع الحمل
في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالأشهر

بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم
يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث
الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير
إذا حدث لها الولد بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما
قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق
والنكاح يقام مقامه في موضع التصور وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل
فلا ينقص عنها **قال** وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت
العدتان ويكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا فإذا انقضت العدة
الأولى ولم تكمل الثانية فعليها العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا
تتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنه عبادة كف عن التزوج والخروج
فلا يتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ
الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا يرى أنها
تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة إذا وطئت
بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان
قال وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة
فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود
السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار
نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على
ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطئات لأن الوطء هو السبب الموجب ولنا
أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل
إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت
العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة
الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره وإذا قالت المعتدة
انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك
وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع **قال** وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها

تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة
واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا
ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة
في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره وهي العدة فاذا جدد النكاح كالغاصب
يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد
الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان العدة الاولى قد سقطت بالتزوج
فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا **قال** واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها
وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رح
وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم
محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه
لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح
عليكم ان تنكحوهن ولان حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق
بالجماد حتى كان محلا للتمليك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت
النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول
اصح **فصل في المبتوتة والمتوفى عنها زوجها** وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها
اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر
وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب اظهارا
للتاسف على فوت زوج وفى بعهده الى مماته وقد اوحشها بالابانة
فلا تاسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء
وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي
هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان
لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان
ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع
الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف
والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها
كيلا يصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عم لم يأذن للمعتدة
في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه

يمنع المحرم عنه **قال** الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت
الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير
اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا
مصبوغا بعصفر او بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب **قال** ولا حداد على
كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى
الامة الحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج
لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته **قال** وليس في عدة ام الولد
ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف و
الاباحة والاصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى
ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا
الا ان تقولوا قولا معروفا قال عم السر النكاح وقال ابن عباس رض التعريض
ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني
فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من
بيتها ليلا او نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير
منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين
بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد واما
المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد
يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو
اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها
فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى
حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف
اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان
تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك
حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها
الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها
الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او
كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث
لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف
عليها فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها

وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليها المنزل
فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا
او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام ان شاءت رجعت
وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام ايضا
لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد
في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح
دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت
بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون
السفر بغير المحرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي
العدة اولى والله اعلم الهادي الى الرشاد

باب ثبوت النسب

ومن قال
ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها
فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من
وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في
حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح
والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب جعل واطئا حكما فتأكد
المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر
بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق
في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده
فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة
يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما
وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب لان الحمل
حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه
لانه التزمه وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة
يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى يأتي به لاقل من تسعة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت النسب الى سنتين لانها

لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة
ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء
وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت النسب الى سبعة اشهر وعشرين
شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل
وهي سنتان وان كانت صغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة
سواء لان باقرارها حكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها
ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة
لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين
الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء
عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها
ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء العدة ثم
جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار
وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث
بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا
لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل
وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت
النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة
واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين
الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء
فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت
قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها
الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في
حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم اما في حق النسب فهل يثبت
في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط
لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم
باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط قال واذا تزوج الرجل
امرأة فجاءت بالولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق

سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف
به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة تثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش
القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان
ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة
اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر
الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة
على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة
تقبل فيما تبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة
وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها
وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما تشترط
شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان
الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها
في رد الامانة **قال** واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في
البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة
عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها
ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه
في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشرى وفي الوجه الثاني ولد المملوكة
لانه يضاف الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا
او رجعيا اما اذا كان الطلاق اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرى ومن قال
لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان
الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال لغلام
هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه
وفي النوادر جعل جواب هذه الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت
بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله
اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها

وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك عادة وعرفا ولو لم يعلم بانها
حرة فقالت الورثة انت ام ولد له فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار
حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

اذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان
ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني
فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان
الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر
قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة
على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن ام فام
الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام
فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر
شفقة للولاد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات
الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة
والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت
لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق من قبل الام
ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلت الاخوات معناه ترجيح ذات
القرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط
حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه
شزرا فلا نظر **قال** الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه
فينظر اليه وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى
القرابة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع
قد زال فان لم تكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا
لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا من الفتنة والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير
حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام
الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب
والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف
قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض

لان بعد الاستغناء يحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد
البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها
تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر
على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما
عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق
الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن
الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام
والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من
عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله
عنهم لم يخيروا واما الحديث فلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه
او يحمل على ما اذا كان بالغا

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة
على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها و
كسوتها وسكناها والاصل فيه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع و
لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس
فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل
في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر
رضي الله عنه وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين
تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت
معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات
وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته وجه الاول قوله عم لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب
بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن
نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب
اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف لان ما

لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى
يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا
فائت فان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة
الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام

فصل وإذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب
الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا قال عم
من تأهل ببلد فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان
التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع
الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه
ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث
فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان
بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته
فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه
نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه
ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك صح صح صح

لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى
يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا
فائت فان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها
وان عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في
بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها وان كانت
صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس
الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما
نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة
بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد
فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها
النفقة من ماله لان التسليم تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين
واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة
وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها
وعن ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن
ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر لكن تجب عليه نفقة الحضر دون
السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان
الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا
وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان
مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه
يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع عارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها
اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه ويفرض على الزوج النفقة
اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض
النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها
واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة
الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا قام الواحد مقام

والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

لان بعد الاستغناء يحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد
البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها
تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام

نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب
اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف لان ما

نفقة وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى
الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب
على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق
بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف
فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة
اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة
يصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة
عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته
تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وما قضى به
تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم
ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها
النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة
صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته
على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعدما قضى
القاضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة
صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير
دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد يحتسب لها بنفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو
قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد
بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض فلا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما
في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع وعن محمد انها اذا
قبضت نفقة شهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال
واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن

باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى
فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين
الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها
معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
والتبوية ان يخلي بينه وبينها في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة
لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته جارية احيانا
من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد
في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد
من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا
بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن
على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك
لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها لما بينا
ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع
والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول
ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له
في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة
في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من
الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح
واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك
المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي
ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ
لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول
في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع
ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب
واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا
الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما
او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنس حقها لا يفرض النفقة فيه
لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه
لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف

استيثاقا قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة
او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم
بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا اخر حيث لا يؤخذ منهم
الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج
ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب ولا يفرض بنفقة في مال غائب
الا لهؤلاء ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا
كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم
انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي
بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة
ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان
في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب
فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت
بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا
انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل
مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل** واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى
في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما
الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه
قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله
سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه
بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم
مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه
قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت
ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله عنهم
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها
الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها
عليه ولان تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل

فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها
حابسة نفسها بغير حق فصار كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد
التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار
البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة
كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد
الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة
تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرقة **فصل**
ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة
الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية والمولود له الاب وان كان الصغير
رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجر الرضاع كالنفقة
ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى
لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم
وذلك اذا كان توجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد تجبر على الارضاع صيانة للصبي
عن الضياع **قال** ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر
عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته
او معتدته لارضاع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى و
الوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها اما اذا اقدمت عليه
بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في
المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في
رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى ان
النكاح باقية في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع
ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع
ولدها منه جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا
استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق
لانها اشفق نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها
دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له
بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه
في دينه كما يجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلا طلاق

ما تلونا ولانه جزاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
فترتب عليه الاحتباس فوجب النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما يجب النفقة على الاب
اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان
او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا
فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما
يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم
الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة
الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها
في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا **قال** ولا تجب النفقة مع اختلاف
الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة
فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق
باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة
نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على
المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البرة في حق من يقاتلنا في الدين
قال ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب نفقة اخيه النصراني لان النفقة
متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث
ولان القرابة موجبة للعتق ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين
اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة
المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال
الولد بالنص ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى
باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية
وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او
كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم
مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان
القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور
بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب **قال** ويجب ذلك على مقدار

مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار و
لان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق **قال** ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن
على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار
قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة
على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فصار كالولد الصغير ووجه الفرق
على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه
صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فيشاركه الام
وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة
المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه
يحرزه ابن عمه **قال** ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من
اعتباره **قال** ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره بخلاف نفقة الزوجة والولد
الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا يعمل
في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن
محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه
الدائم كل يوم لان المعتبر في حق العباد انما هو القدرة دون النصاب لانه للتيسير
والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة **قال** واذا كان للابن
الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه **قال** واذا باع ابوه متاعه
في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي
قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا
لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملكه الام
في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا يرى ان
للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك
العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم
في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس
حقه وهو النفقة فانه للاستيفاء كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال
الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في
يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء
على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن

القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره
القاضي لانه ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالاداء بالضمان فظهر انه
كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت
مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت
بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط
بحصول الاستغناء فيما مضى **قال** الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي
له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة

فصل قال وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عم في المماليك انهم
اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا
عباد الله فان امتنع وكان لهم كسب اكتسبوا وانفقوا لان فيه نظرا للجانبين حتى
يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك فان لم يكن لهم كسب بان كان عبدا زمنا او
جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما
وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا
ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل
الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عم نهى عن
تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رح
انه يجبر والاصح ما قلنا

كتاب العتاق

قال الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عم
ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق
الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء **قال** العتق يصح من الحر البالغ العاقل
في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس
من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل وانا صبي فالقول قوله وكذا
اذا قال المعتوه اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية
وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد
ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عم لا عتق فيما لا يملكه
ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك
او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة
فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء
في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار
الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر

الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح فيه وهو الاستحضار للمنادى
بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقضى
بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه
يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد
لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا
لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر
لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء
شائع يقع في ذلك الجزء وسنبين الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه
الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رح والكلام
فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل
لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنية وكذا كنايات العتق وذلك مثل
قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك قد خليت سبيلك لانه يحتمل
نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد
من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي
عن ابي يوسف رح بخلاف قوله طلقتك على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان
لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده
وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا
بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت
على ذلك عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره
بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك
ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت
العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ
في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال
هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر
وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار
كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف
فانتفى الثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي
كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا لو قال لامته هذه مولاتي
لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى

[illegible]

ولا يصدق قضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين لاستحضار المنادى التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حال النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهما انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي وامي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا

هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق او باين او تخمري ونوى به العتق لا تعتق وقال الشافعي تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم لانه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقته لا عما هو فوقه ولهذا امتنع في المتنازع فيه واتسع في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر يعتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان

128

العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع لتعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن ابي
حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما ولنا ان تمنع وبذا الخلاف ما اذا ملك
ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما تثبت بالقرابة والعتق حق لهذا العتق
وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة
ومن اعتق عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق
من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين
الاخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق
وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك
ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم
في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم
ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها
ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة و
لا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم
نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء
من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه
الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على
حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت
العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال وولد الامة من مولاها
حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها
وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او الاستهلاك
مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به
وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في وصف
المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

قال واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه
عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم
لان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي
هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة

ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه
والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره
والاصل ان التصرف يقتصر على موضع التصرف والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك
متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد و
المستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب المالكية في كله وبقاء الملك
في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية
كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله الخيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا
عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد
يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي
القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين
شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق
وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق موسرا
فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي
الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان
كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه
عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره
حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا
هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر
قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده
المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم
رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق
لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه
في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد
نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه

والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت
باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق لانه ملكه باداء الضمان
ضمنا فيصير كان الكل له وقد عتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء
والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار
المعتق ان شاء اعتقه لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين
لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك
رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن
المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت ويقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه
وقول الش في الموسر كقولهما وقال في المعسر بقي نصيب الساكت على ملكه يباع و
يوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس
بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا
الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار
الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد **قال**
ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه
موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر
معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم
عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا
بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه
ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر
وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه
وولاؤه له وعتق نصيبي وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان
كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان
على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم يثبت لانكار الآخر
والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما
يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بينا اذ المعتق معسر وان كان
احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره
وانما يدعي عليه السعاية فلا يبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه
ليساره فيكون مبريا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كلا منهما

منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما
ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان غدا هذه الدار فهو حر وقال الآخر ان دخل
فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه
بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك
على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط
نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف
كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق
احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان ويتاتى التفر يع
فيه على اليسار بمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على
عبدين لكل واحد منهما احدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا
المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي
معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب
لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان
شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته
ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا
الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما
قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء
القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه
رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه
فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة
عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط
بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم
يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه
وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي
بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساده نصيبه وان شاء استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان اليسار

المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك
كله فلا يضمن للبايع شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة نفر
فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت
ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا و
لا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اول
مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى
عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما
كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين ولكل
واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد
او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه
طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه
وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا
المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل
حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه
قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند
ذلك مكاتب وحر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى
يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا او
هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر
اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه
لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر **قال** واذا
كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فانكر صاحبه
فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء
المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه
لما لم تصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما
اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع كانه اعتق كذا هذا فيمتنع

فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له
نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء
لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد ولا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف
قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من
المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها تنتفع بها وطيا واجارة
واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر
الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها
ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان
الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم
بالاحراز وهي محرزة تبعا لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم
ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة
بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة
الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع
البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا
للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم والله اعلم **باب عتق
احد العبدين** ومن كان له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج
احدهما ودخل الآخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه
القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد رحمهم الله كذلك الا في العبد الذي كرر عليه القول فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول
دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول واوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما
فيصيب كل منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان
الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف
الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب
المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع
ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب

الثاني بينه وبين ان ابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل
وهما يقولان ان ابه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت
لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت
فيه النصف **قال** فان كان القول في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان
يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى
ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد
سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها
الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع
المال احدى وعشرين فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين
من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث
والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده
سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر والباقي بحاله
ولو كان في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان
سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل
هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هذا قولهما ايضا وقد ذكرنا الوجوه
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما او مات
او قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت
وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فيعتق الآخر ولانه بالبيع قصد
الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق
الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع
الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين
لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف
والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه
احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما لما بيناه ولو قال لامتيه
احديكما حرة ثم جامع احديهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا يعتق لان الوطي
لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة
فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا
على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل
في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود

المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في
الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل
على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما
وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد
لان كل واحد منهما تعتق في حال وترق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط
والجارية تكون تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا
ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما
الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا فان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا
وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف
لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الجارية
الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت
الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون
الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على
الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة
الغلام والام ساكتة ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف
على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من
الوجوه في كفاية المنتهي **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه
فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره
في كتاب العتاق وان شهدا على رجل انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة
ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة
في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة
على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما تقبل والشهادة
على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة
واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى
من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان
انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة وان
لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج
فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار

كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلفه وهو الوصي والوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا يقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل لشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل وعوض منه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا **قال** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه فائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وان كل مملوك املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ

علی ملکه

لیوم الیمین

ان اللفظ حقيقة له على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق ووصية حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال المال المستفاد بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة **قال** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر انه لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة

وسقط العبد ع

نظراً الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد
شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق
في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً
للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري
الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء
دفعاً للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل
نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد
الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى البعض ثم ادى الفاً اكتسبها
قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على
المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة
متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غداً بالف
درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال
لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في
مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة لان الميت ليس باهل
للاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد
فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في المدة المعلومة
عوضاً فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين
لانه يصلح عوضاً فصار كما اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف
فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها
ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما و
بقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء وهو انه كما يتعذر تسليم
الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد و
كذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم علي
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان
من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق
بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف

الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز
وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت
الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه
لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل
عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان
مهراً لها في الوجهين

باب التدبير

قال اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر
او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبراً
لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر قال لا يجوز بيعه
ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية
تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعل سبباً في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه
بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية
الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط
لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق
وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية
والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز في البيع وما يضاهيه
ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويؤجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها
لان الملك ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات واذا مات المولى عتق المدبر
من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم
غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان
كان على المولى دين يسعى في قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق
فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله
عنهم وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي او سفري
او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد
في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو

كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرنا عتق كما يعتق المدبر ومعناه
من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه
فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشرين سنة لما
ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه
كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت
ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاق
فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي
والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز
بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما
لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية
حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن
حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته
بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها
لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها غير
مملوك له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله
وطيها واجارتها واستخدامها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة
ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع
لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان
وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة
بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة
الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج
بخلاف المنكوحة حتى لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج
وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه
ان يعترف به ويدعي لان الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه
روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهي فان زوجها
فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة
حر وولد القنة قن ويثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذا

او الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعى المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت
النسب من غيره ويعتق الولد وتصير ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من
جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عم امر بعتق امهات
الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم
على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج
ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن
بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه
مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة
المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية
دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حا
لها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق
وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة
لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على
الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو عتقت وهي مفلسة
تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده
ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص
المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت
بلا سعاية لانها ام ولده ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت
اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت
ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين
ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد
المغرور وعلى هذا اذا علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت
من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حر
لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب
هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد
الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف
الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه
جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب
اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطي جارية ابنه فجاءت

فادعاه يثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطى اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت النسب من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين الشريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عم بقول القائف في اسامة رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا للاخر او كان مسلما احدهما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عم فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد رضي الله عنه وكان قول القائف مسقطا لطعنهم فسر به

فسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه فيها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة و اذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا تعتبر تصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله اعلم

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتداء وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث

جده جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك
وستأتي في الإكراه إن شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء لأن
الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط
حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة
الذنب **باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا قال** واليمين بالله تعالى أو باسم
آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة
الله وجلاله وكبريائه لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل
لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكرها حاملا ومانعا قال إلا قوله وعلم الله
فإنه لا يكون يمينا لأنه غير متعارف ولأنه يذكر ويراد به المعلوم يقال اغفر
علمك فينا أي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله
لأن الحلف بها غير متعارف ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة
والغضب والسخط يراد بهما أثر العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي
والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكذا إذا
حلف بالقرآن لأنه غير متعارف **قال** رضي الله عنه معناه أن يقول والنبي و
القرآن أما لو قال أنا بريء منه يكون يمينا لأن التبري منهما كفر **قال** والحلف
بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله و
التاء كقوله تالله لأن ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد يضمر
الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب
إيجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخفض وقيل يخفض فيكون الكسرة دالة على
المحذوف وكذا إذا حلف وقال لله لأن الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم به
آمنتم له قال أبو حنيفة إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى
الروايتين عن أبي يوسف وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من
صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف
ولهما أنه يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال
والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر
يراد به تحقيق الوعد ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله
أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه
الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة
يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة و

والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج
إلى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية
سوكند مي خورم بخداي يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون
يمينا ولو قال سوكند مي خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف
قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لأن عمر الله بقاء الله وايم الله معناه
أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف
باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأن العهد يمين
قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا إذا
قال علي نذر أو نذر الله لقوله عم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة
يمين ولو قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا
لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد
أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك
لشيء قد فعله فهو الغموس لا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لأنه تنجيز
معنى فصار كما إذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم
أنه يمين وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حين
أقدم على الفعل ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله وسخطه فليس
بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف
وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل
ربا لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة
الاسم ولأنه ليس بمتعارف **فصل في كفارة اليمين قال** كفارة اليمين
عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين
كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين
كالإطعام في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة
مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة **قال** فإن
لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يخير
لإطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام
متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي
عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى أن أدنى الكسوة ما يستر
عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا في العرف

لكن ما لا يجزيه من الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة
على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين
فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين
ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من
المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او يكلم
اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف
على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه
ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في
ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام فلا حنث
عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون
معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه
لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه
لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة
لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا
حنث ووجبت الكفارة وهو المعني من الاستباحة المذكورة لان التحريم
اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا
وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل
مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف
فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط
اعتبار العموم فاذا نواها كان ايلاء فلا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب
وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية
لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف
واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل يشترط
النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه
الوفاء به لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق نذره بشرط فوجد
الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده
وعن ابي حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة

سنة او صدقة ما املكه اجزاه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة
بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع
وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد
كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال
ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه قال ومن حلف على يمين
وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله
فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة
او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا
دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز
بحيث لو اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل
صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل
هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب
يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند
العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غير عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء
وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه
الدار فخربت ثم بنيت دار اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض
اسم اخر عليها وكذا اذا دخلها بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به
وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخل بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت
فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف
وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل
هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب
ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من
الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل
استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول

لان دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو
لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل
من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال
زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين يعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان
لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه
يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت
يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه وان حلف
لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد
ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة
كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع
والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول
والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي
وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل
الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك
ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى
يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله
من مصره فلم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله
فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه
مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح
لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم
اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو
حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ
الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه
عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها
قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال فان حلف
ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك
مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة
وفسره في الجامع الصغير قال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه

على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى به استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين
الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات
وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه
حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف
لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد
من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في
الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها
بغير اذن لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين بها كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت
المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد
رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور
وتفرد ابو حنيفة باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة
عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي
حر فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف
الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد له مأذون مديون او غير مديون لم يحنث
عند ابي حنيفة الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك فيه
للمولى عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه
للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث
فيختل الاضافة الى المولى ولا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه
لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه
للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على
ثمرها لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن بشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل
والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف
لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه
بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع
الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا حنث
لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش

التصحيح

يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على
ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا
نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ولو حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه
على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس في الجامع الصغير ولو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند
ابي حنيفة وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على
حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل رطبا او عنبا او رمانا او قثاء او خيارا
لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا حنث في العنب والرطب والرمان
ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد
ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير
موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى
التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة يقول ان هذه الاشياء
مما يتغذى بها او يتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او
من الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المواءمة وهي الموافقة
وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون
قائما به وفي ان لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما
يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا حلف
لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال
يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ
من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت
فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب
وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست ثوبا او اكلت
طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف
الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا
عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم ولابي حنيفة ان كلمة من للتبعيض وحقيقته
في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب
من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا
شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في
الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال

في الامتزاج ايضا وذلك في الموافقة في الاستعمال
ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده

ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا ياكل رطبا
او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث
في الرطب يعني البسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر
المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه
قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود
في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا
فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان
اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا
وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها
يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث
والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن ووجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان
اللحم منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث
لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد تعقد لمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم
حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف
لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه
ينشا من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث
ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال
ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل
استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها
لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي
حنيفة ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار
واليه الاشارة بقوله في الكتاب حنث ايضا ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث
لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز
مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير
لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا
اذا نواه لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان
بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد

وان حلف

ابو يوسف لا يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بعتق او طلاق واصله ان من شرط
انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه
وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت
اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث
في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب
الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا
بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث
في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت فيجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك
لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن
حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا
الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى
واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف
فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف
ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

(في الهامش: ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان)

باب اليمين في الكلام

ومن حلف ان لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع
الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه
من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف ان لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن
مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لا
يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر
وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه
داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين فكان ذكره
لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث وان قرأ في غير صلاته
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة ولنا
انه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا
لا يحنث في غير الصلاة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل
والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام
لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف
المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله
في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان

او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن
لم يحنث لانه غاية لليمين والغاية فيبقى قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان
سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن
حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت
منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة
النسبة عند محمد لا يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف
لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها لانه يحتمل ان غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه
ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان
قال عبد فلان هذا او امرأة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة
والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر
وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمهما الله
ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار
كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى
لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل للمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا
كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى
لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا
حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية
الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر
لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان
حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه
وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد
ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين
ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة
كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف
في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين

(في الهامش: [illegible] وتعلق الحكم بعينه [illegible] ووجه ما ذكر هنا وهو رواية [illegible])

والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين وهذا يعني وابو حنيفة لم يتوقف في تقديره لان اللغات
لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام
لانه اسم جمع ذكر منكرا فينصرف الى اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عند
ابي حنيفة وعندهما الى اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف
الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر
لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة
عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين
بالفارسية ينصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته
اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر
ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو
قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا
لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى الجزاء لان الميت ليس
بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات
الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر اثرها في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف
الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا
واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى
عبدين معا ثم اخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث
فانعدمت الاولية وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به
التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال اخر عبد
اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر لانه فرد لاحق فاتصف بالاخرية ويعتق يوم
اشتراه عند ابي حنيفة حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان
الاخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف فاما اتصافه بالاخرية من وقت الشراء
فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث وفائدته تظهر في جريان الارث
وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان
البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول
وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشرط

فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط
العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة وبينهما منافاة ولنا
ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء
اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى
هذه المسألة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد
فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة
يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين
وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت
لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول
كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري
لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يتعلق
بالتزوج ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر
بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسألة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء
حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان
مسألتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة
المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان
الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر
فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة
وله الخيار في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف
الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه
وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بيناه والله
اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع
ولا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه
ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الامر
وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان
لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق
فوكل بذلك حنث لان الوكيل فيها سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر و
حقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة

المعنى في العرف ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه
لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا
اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق
وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم
واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل
حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة
وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة
اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار عائدة
فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب
الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله
بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا
مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه
فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته
فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري
ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه
وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت
الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأتي طالق فاعتق او
دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المرأة
لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه
الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين
اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء
لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في
غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي
القياس لا يلزمه شيء لان التزام ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه
ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا
فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب
الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الى

او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم
حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار
ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان
انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عنده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يعتق لان هذه
شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على
النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج وغاية
الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم
وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على
قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام
المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به وان حلف لا يصلي فقام
وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا
بالشروع في الصوم ووجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى
صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة
لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك
فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى
اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة
ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك
سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا
ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم
لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع
لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا
ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن
حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه
فراشا آخر فنام لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض
فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد
جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فنسج فلبس فهو هدي عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو
على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر
توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة
في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل في الفارسية ينصرف الى اللبس
قال وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول
عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد
ما مات حنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف
لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام
وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأتي كذا
وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد
ثم يحنث للعجز العادي وان لم يكن عالما به لم يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور
فيعتبر بقياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح **باب
اليمين في تقاضي الدراهم** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى
بعيد فهو اكثر من شهر لان ما دون الشهر يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا
يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح ولا يرتفع
برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز
التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكان شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين
لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه
درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف
التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث
الا به وان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وذلك ليس
بتفريق في العادة لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى
عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأتي كذا فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان
المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك
اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف
لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي ولو حلف ليفعلن

كذا ففعله مرة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام اثبات
فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل
واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لان المقصود
منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا
بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا
لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا
يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة
فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه
اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق
وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاض عليه والله اعلم بالصواب. **كتاب الحدود** الحد لغة هو المنع ومنه
الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص
حدا لما انه حق العبد والتعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به
العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار
والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما
فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة
ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة
يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه
والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى ومتى
زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل
في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود
كوطئ جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها
في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر
العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبس حتى يسأل عن الشهود
للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل
ظهور العدالة وسيأتيك في الاقضية بعد ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ

على نفسه بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان
قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربعة مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يكتفى
بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة
الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادات ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فان النبي عم اخر
الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت
الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا
وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات
فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي
لان النبي عم طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا
ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه
الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة
الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب
باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا
ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد
وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز رضي الله عنه لعلك لمستها
او قبلتها وقال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا
قريب من الاول في المعنى فصل في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا
رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عم رجم ماعزا رضي الله عنه وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد
احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس
كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في
بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع
مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد
لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ
الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورجم رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة و
كانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عم في ماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما
تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عليه السلام على الغامدية بعد
ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد

منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط
لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح
والمؤلم لان الاول يفضي الى الهلاك والثاني لا يحصل به المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون
الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الايلام اليه
وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق
الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال
الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج
مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شيء منها
بالضرب وذلك اهلاك فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما
يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال
ذلك فيمن ابيح قتله ونقل انه ورد في حربي كان ثم يضرب الرجال في الحدود قياما
ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض
ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده
بعد الضرب وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله
تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منصف
للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعمة افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل
والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا تنزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو
لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما
فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية
الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضر لانه عم لم يأمر بذلك
وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم
ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير
مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له
ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا
قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها
اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع
وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع
عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما
على صفة الاحصان والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما

يشترط الكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من
جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند اجتماعها فناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما
ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة
شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد حرمته فيكون الكل مزجرة عن الزنا
والجناية بعد توافر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في
في رواية لهما ما روي ان النبي عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التورية ثم نسخ
يؤيده قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه
يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة
او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات
وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل
ما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع
الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا تحصن
المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد
والرجم لانه عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة
اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عم
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله
تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو
من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ
كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال
الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد
في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم
واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده
الجلد لا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت
الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى
من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم
لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد
يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعد ما وضعت
ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار

الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك
وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية
فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه
والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط
بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه
لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر ولم يتمحض في الثانية
فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا
بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد
والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها
تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة
طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض
والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع
لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان
متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على
ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال
علمت انها علي حرام حد لزوال الملك عن المحل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب
بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا حد
لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام
الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام
بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم
وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه
انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها
نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه
وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد
عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين
هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية

قلنا انه تحل الفعل لم يتمع في الظاهر لان الفعل واحد ومن وطى جارية عمه وقال ظننت انها تحل لي حد
لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولادة لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء
انها زوجتك فوطئها لاحد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو
الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد
قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد
لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم
التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت
انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك
لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل
وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم
قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث
الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن
وطى اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط
فلا حد عليه عند ابي حنيفة لكن يعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي
الشافعي وقال في قول يقتلان في كل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل
انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا
لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الحجارة وغير ذلك
ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد
الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه ومن وطى
بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه
نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار
وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب
موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده
بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى
ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا
زنى بحربية فاما زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون

يحدون كلهم وهذا قوله الآخر لابي يوسف ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما
انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم
ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا محض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا
فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى والامتناع الحكم في حق الاصل يوجب الامتناع في حق التبع
اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة
من الصبي والمجنون ولابي حنيفة فيه ان فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا
بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف
اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي والمجنون بامرأة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة
او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه
وكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل
ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول
باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا
وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد
ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة يقول اولا يحد وهو قول زفر لان الزنا
من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وانتشار الآلة دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان السبب الملجئ قائم
ظاهرا والانتشار دليل محتمل لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فلا يزول اليقين بالمحتمل ثم رجع
وقال الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث الشبهة قال وان اكرهه غير السلطان
حد عند ابي حنيفة وقالا لا يحد لان المانع الالجاء وخوف التلف ويتحقق ذلك من غير السلطان ولابي حنيفة
ان هذا اكراه من غير السلطان فلا يتحقق لانعدام الدوام لوجود الدافع وهو السلطان وذلك لان السلطان
انما شرع لدفع الظلم كقول القائل وانما يندفع بالسلطان معظمه ولان الخوف من السلطان يتحقق ومن غيره
فلم يتحقق قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لانه لم يكن في زمن ابي حنيفة يعني السلطان من القوة ما لا يمكن
دفعها بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فيصلح شبهة في اسقاط الحد
ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا
وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو
يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية
فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه

أحد عليه لا اقام

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة وصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها
وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل الإقامة يوجب سقوطه كما إذا ملك المسروق قبل القطع
ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع
البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وعلى هذا الخلاف إذا
زنى بها فأذهب عينيها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لأن الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء
وهي عين فأورث شبهة وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به و
بالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف
حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها
وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن
الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب
خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم
خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين
أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة
حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان
لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم
بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار
على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من
المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة
بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام
عليه لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر
فإنه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي
في كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام
فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي
في بابه إن شاء الله تعالى وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا
أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون

الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها
لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد لأنه لا يخفى عليه أمته أو امرأته وإن شهد اثنان
أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله
وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه بخلاف
جانبها لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم وله أنه اختلف المشهود عليه
لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وإنما يسقط الحد
عنهما بشهادة شاهدي الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك
وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لأن
المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة وإن اختلفوا في بيت واحد حد
الرجل والمرأة معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب
لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية و
الانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم
ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وإن شهد أربعة أنه زنى بها عند
طلوع الشمس بالنخيلة وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا أما
عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وإن شهد
أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسألة
أن النساء نظرن إليها فقلن إنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا
سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون
في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لأنه لا يثبت
بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل والأداء فلم تثبت
شبهة الزنا لأن الزنا يثبت بالأداء وإن شهدوا وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا
لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي
بشهادته ينفذ عندنا فثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق
تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على أصله أن الفاسق
ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا
لأنهم قذفة إذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتباره وإن
شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف
فإنهم يحدون لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وإن رجم

فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رحمه الله معناه
اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده
وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم
الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة
ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب
وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة
الغرامة واذا شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لا يحد ايضا معناه شهدوا
على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة
اذ هم القائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع
شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده
وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع
ربع الحق وقال الشافعي رح يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان
شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت
وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا
بالرجوع لانه تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه
فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد الشهود
حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة
تاكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع واحد بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار
كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا
وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليهم لانه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما
الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف
فان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح
اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا
بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان
الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط

فكانت التزكية

الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا
هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون
حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب
رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه
الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر
حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد
والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت
المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف
ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح
النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان
وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب
منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه
بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء غير مقبولة في غير الاموال
وزفر رح يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة
فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا
لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا لما ذكرنا فلا يكون
في معنى العلة فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما تهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان
لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رح وهو فرع ما تقدم والله اعلم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد واذا
اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب
الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده
اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر
يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول
ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة
على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن
للمستدل وانما تشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا

على ما مر تقريره وعند محمد لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما ذكرنا فان
اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان
ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ
حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حد
المستحق عليه ان شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب
قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر
من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول
عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق
على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف
لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا نعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون
لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى
ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه
يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ولا تقبل
فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد
هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله
وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل
فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر
في حق الحرمة ما قاله احتياطا والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه
وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال
الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق
العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته
لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

قال واذا قذف الرجل رجلا
محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان
كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد
الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص
بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا
قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على

وقف

على الشدة بخلاف حد الزنا على ما مر انه ينزع عنه الحشو والفرو لان ذلك يمنع ايصال الالم اليه وان
كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا
بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم
تحقق الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف
لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه
يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني
لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد
لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اياه في اسباب
المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد
ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده
حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح
في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا
معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما
نبين ان شاء الله تعالى وعندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن
خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه
وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف
محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع
هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه
لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه
الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا
الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان
يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث
عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع
العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع
زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع
وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما

وولاية المطالبة ليس بطريق الارث [illegible]

لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحقوق يتولاه
مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي تتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث
يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده
ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو
مثل قول الشافعي وهو رواية عن ابي حنيفة ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال
ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو
خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق
او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف
لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخاوته وان نسبه الى عمه
او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى واله اباءك
ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني قوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن
قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة وقالت امرأة من العرب وارق الى
الخيرات زناء في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا
لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنات وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى
الذي ذكرناه ومن قال لاخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان
اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ومن قال
لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان
وقذفها الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال
في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد واذا قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان
ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي
ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار
يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن
لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب
نفسه بطل اللعان ولا حد لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد

القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا
او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني
ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة
ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها
بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت
العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام
امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط
الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد
بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء
في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة
فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة
ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور ليكون ثابتا من غير تردد وبيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية
بينه وبين اخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية
او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة
لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك
زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي
مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح
ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا
بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل
الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه
طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه اذا اذى واذا حد المسلم في قذف
سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها
بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث
لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام
حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد
الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة

على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه ... فاذا اسلم قبلت شهادته نسخة

صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذا اقيم عليه الاكثر والاول اصح قال ومن
قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة
الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق لان المقصود من كل جنس غير المقصود
من الآخر فلا تداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال
الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا تتداخل لان
المغلب حق العبد عنده

فصل في التعزير

قال ومن قذف عبدا او امة
او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان
فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث
او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير
الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الوجه الثاني الرأي
الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا
يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم
الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا
واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه
سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية
وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه
فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله
ان ادناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف
انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد
الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في
التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان
يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير
قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف
كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء ثم حد الزنا لانه
ثابت بكتاب الله تعالى وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم
جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن ثم حد القذف لان

سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ
من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع
وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته
لانه مطلق فيه والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي

[illegible]

والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت الايدي
لا تقطع في عهد رسول الله عم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته

بسبب احتمال كونه صادقا ولأنه جرى فيه التعليق من حيث زوال الشهادة فلا ينقلب
موجبا بالوصف ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر لأنه فعل ما فعل بأمر الشرع
وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج إذا عزر زوجته
لأنه مطلق فيه والإطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب
الدية في بيت المال لأن الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية في بيت المال
لأن نفع عمله يعود إلى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى
بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى إلا من استرق
السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى والمعنى اللغوي
مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك
مكابرة على الجهار وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الإمام لأنه المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه
وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة
دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهبا لا بد من حرز لا شبهة فيه لأن
الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لأن النص لم يفصل
ولأن التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لأموال الناس ويجب القطع بإقراره مرة واحدة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع إلا بإقراره مرتين ويروى عنه
أنهما في مجلسين مختلفين لأنه أحد الحجتين فيعتبر بالأخرى وهي البينة ولذلك اعتبرنا في الزنا
ولهما أن السرقة ظهرت بالإقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار
بالشهادة لأن الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الإقرار شيئا لأنه لا تهمة
وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لأن صاحب
المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة
شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها
وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة
قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وإن أصابه
أقل لا يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب
في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا
في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ
والمغرة والنورة والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت الأيدي
لا تقطع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورته

حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه يتم بشهادته إذ لا قتل به إلا بكثرة والأول أصح قال ومن
قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله أما الأخيران فلأن المقصود من إقامة
الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق لأن المقصود من كل جنس غير المقصود

٧ وجب القطع والأصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل
والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لأن الرغبات
تفتر في الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لأنها فيما يغلب والتقدير بعشرة
دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله التقدير بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة دراهم له أن القطع على عهد
رسول الله عليه السلام ما كان إلا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والأخذ بالأقل وهو المتيقن
به أولى غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما
والثلاثة ربعها ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد وهذا لأن في الأقل
شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم
واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب
وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص
من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه المتعارف في عامة البلاد
وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان
ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشبهة دارئة صح صح صح

ثابت بكتاب الله تعالى وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولأنه أعظم
جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لأن سببه متيقن به ثم حد القذف لا

غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى
شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب
يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت
فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير
الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء
الا في الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرناه ولا قطع فيما يتسارع اليه
الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي
اي صغير النخل وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا
للاكل وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيهما لقوله عليه السلام
لا قطع في ثمر ولا كثر واذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه
الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي
لم يحصد لعدم الاحراز ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها
الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال
ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رح
يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه انه يقطع اذا بلغت
الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في
اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق
والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب
ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب
الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من
الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول من اخذه الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه
التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رح انه ان كان
الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز و
لا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتاول
في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلي هو
نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة
فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة
العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق بحده الا اذا
كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان

وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا
او بعرضية ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها
وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال
ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء
رحمهم الله ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما
لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رح آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس و
الصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد مباح
الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني
وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير البغدادية
قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب واذا كان خفيفا لا يثقل
على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز
ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف ما كان وقد قال عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن
ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام
من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش
بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم
حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود و
ما رواه غير مرفوع او محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق
من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو
منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه
استيفاء لحقه بمقدار حقه يصير شريكا فيه لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه
بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا
بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا
بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك
درئ الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه
ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها
ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح
وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى
بل اقبح لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة

لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز

والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل

153

ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى
المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام
الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر
لتحمله مشقة الزاجر فيعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في
القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع فرده
ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في
كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا **فصل**
في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو
الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع
الزينة الظاهرة والباطنة فيها بخلاف الصديق لانه عادى بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي فانه
يلحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره
ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه وان سرق من امه من
الرضاع قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف
الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها
لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاع وهذا
لان الرضاعة قلما تشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين
من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول
عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عند ابي حنيفة خلافا للشافعي في احد قوليه للبسوطة
بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع
لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله عنه
درءا وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه
الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز
الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في
الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم
من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز
بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى
يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده
فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ
فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده

عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله
لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او بيت اذن للناس في
الدخول فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار
والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن
سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن
المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان
حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه
لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة
فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها
في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة
الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل
المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال
وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة
على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رحمه الله
ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها
من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق
وخرج ولم يأخذه وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر
الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة
فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك اذا حمله على حمار
فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا
قال هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه
تمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم
ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد و
من نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله في الاملاء انه
يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق
الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم
والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه
ادخال اليد دون الدخول بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة

ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو

خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر
يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو
الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة
او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود
فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة
ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق
الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم
فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا
كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه
وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم
بقربه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا
يؤكد ما قدمناه من القول المختار **فصل** في كيفية القطع واثباته قال ويقطع يمين
السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله رضي الله عنه
ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف
وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه
لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق
ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله
وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما
هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى شرع الحد
ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا
يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك
معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف
القصاص لانه حق العبد فيستوفي ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة
وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت
جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذلك اذا كانت
ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان
كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة

الواحدة لا توجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام
في نقصان البطش قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره
فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ
ايضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل
عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها
قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع
ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات
فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه
ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه
غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن
بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك
على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه
فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند
القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب
الربوا ان يقطع السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير
والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد
حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا الراهن انما يقطع
بخصومته حال قيام الرهن لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي رحمه الله بناه
على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد
ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة
للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة
معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة
احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر شبهة موهومة الاعتراض كما
اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة
الاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب
السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه
الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية

155

لجنايته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعده ما درئ القطع لشبهة
يقطع بخصومته الاول لان سقوط التقوم ضرورة وجوب القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق
سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع اعتبارا
بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة
ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول
مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه
وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة
فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك شرط قيام
الخصومة عند الاستيفاء فصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء
لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله
اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع
عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى
لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى
للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما
هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق
الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان
على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة رح الاخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر
ربما يدعي الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم
لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور بسرقة عشرة دراهم
بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشرة
للمولى وقال محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة
مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه
كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه
وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره
لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث

انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال لانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ولهذا
مقبول على الغير ولمحمد رح في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى المال للمولى ولا قطع
على العبد في غير ما بيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال
دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره
بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على
ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب
الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع المقر وان كان لا يصدق في
تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا
فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط
عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب
بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع
في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده متن
ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك
والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمهما الله انه يجب بالاستهلاك وقال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا
يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال
فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة لذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم
على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع وما يؤدي الى الضمان يستند
الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان
المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا
للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر
غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه
المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط
العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة ومن سرق
سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن كلها
الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده
لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب
عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع
لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى

الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى
كل الواجب لانه يرجع نفعه الى الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد
فخاصمه في البعض والله اعلم **باب ما يحدثه السارق في السرقة** ومن سرق ثوبا
فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع
لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق
مبيعا فيه خيار البائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء
كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا
باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت
الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا
يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها
لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد
لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا
آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا
قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن
ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق
بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا
من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رحمهم الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده
كالحمرة وعند محمد هو زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة هو السواد
نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك **باب قطع الطريق** قال واذا خرج جماعة ممتنعين او
واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ولم يقتلوا
نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم
على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم
وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء
الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة

اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعها نذكره ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت
على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه
نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط
القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه
وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على
المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله
ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة
والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم
لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم
وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل
او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد
والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في
حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل
التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت
ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو
الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلاثة
ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط
ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع
فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد
عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم
انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف
فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد
جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد
في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده
ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما
تسقط عصمة المال وان اخذ بعدما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤوا

يعفوا عنه لان التوبة في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة فيستوفي المذكور في النفس ولان التوبة
يتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص
او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو
رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة و
زفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له
ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي
عكسه تنعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا
كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم
المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية
واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الكل بخلاف ما اذا كان
فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة
حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان
شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز
واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين
الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول
الشافعي لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه
لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليل ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق
ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق
الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا
ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسألة القتل بالمثقل وسنبين
في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض
بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي
الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام
الجهاد ماض الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد
في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض
سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس
بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع

والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان
لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان
المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية
وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض
على الكل وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبا
مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع
لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها
والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا تظهر
في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا
فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر
ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس
بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام
اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة و
يعطي الشاخص فرس القاعد والله اعلم

باب كيفية القتال

واذا
دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان
النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية
ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل
منهم الا الاسلام او السيف قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل
من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعهم الى
شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال
وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي
ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان و
الصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك
لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة
رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال

فإن أبوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة
فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن أبوا فاستعن بالله عليهم و
قاتلهم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور ونصبوا
عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم لأنه عليه السلام أحرق البويرة
قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم لأن في جميع ذلك إلحاق
الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا بأس برميهم وإن
كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام
وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره
لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصد
ولا بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد مبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان
قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو
السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع و
الفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام
لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما
يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن
كالطبخ والسقي والمداواة وأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال
لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة
وإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد
إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا
ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة
ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا
امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق
منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي
يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه السلام
نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت
هذه تقاتل فلم قتلت إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة
لتعدي ضررها إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون

والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه
الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح ويكره أن يبتدئ الرجل
أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه إحياؤه
بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لأن المقصود
يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس لأن مقصوده
الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله لما بينا فهذا
أولى

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا
منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها و
وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين
ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيرا للمسلمين لأن المقصود وهو دفع الشر وهو
حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها بخلاف ما إذا لم يكن خيرا
لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم
وقاتلهم لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت
كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال النبي عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفى
في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك
ينتفي الغدر قال وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم
لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا
الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا
المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم
لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى
وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جاز
الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن حاجة
لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية إذا لم ينزلوا بساحتهم
بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو
غنيمة يخمسها ويقسم الباقي منهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى وأما المرتدون فيوادعهم
الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم و
لا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا فلو أخذه لم يرده لأنه مال غير
معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم

لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك
لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز
اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين
فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها
على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه
بالنص فان النبي عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه والله اعلم **فصل** واذا امن رجل
حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين
قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم
وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته
محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل
كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه
ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه
مفسدة ينبذ الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه
ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية
له على المسلمين قال ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان
يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعري الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا
او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لهم باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه
لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رح الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله
يصح وهو قول الشافعي رح وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد رح قوله عليه السلام
امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا
بالماذون له في القتال وبالمؤبد من الامان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة ولا شيء
لتحقق ازالة الخوف والتأبيد لاعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام
في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول
ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف
الماذون في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لانه تصرف في حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ [illegible]
الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي وبخلاف [illegible] ما باشره القتال لانه
المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند
سؤالهم ذلك وفيه اسقاط الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين
المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي
الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير
وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في
العقار واما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار
خلاف الشافعي رح لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل
لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا
لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين ياتون
من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم
من المنقولات بقدر ما يهيئ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء
قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه
دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا
الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب
لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم
توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب
بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول
الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة
الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي
في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف
الينا اما المفاداة بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير
الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير
في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طاب به نفسه وهو
مامون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رح فانه يقول
من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه
بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه
مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها
وقال الشافعي رح يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكله ولنا ان ذبح الحيوان

عليهم وعلى اراضيهم

يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار
وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة
وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة
عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب لان الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا
وعنده يثبت ويبتني على الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى
له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات
اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه
والقسمة بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني
منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام
على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة
وهو كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد رح الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه
تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء
لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره
لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا
للشافعي رح بعد انقضاء القتال هو بنى على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا
بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع
حق شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح
في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا
انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو
القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهد على قصد القتال واذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها
الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رحمه الله هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان
الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت
المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير
الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة
ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا يجوز بيع المغانم
قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد بينا الاصل

ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه
لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات
بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا بأس بان يعلف العسكر
في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرط الحاجة في رواية
ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الاخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه
في دار الحرب فان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة
منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس الحاجة
فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز و
اللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن
ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة
وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه
لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام
وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك
فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع
بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب
والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل
وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة
لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين واذا احتاج الكل يقسم في الفصلين
بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم
منهم يعني في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار
لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده
الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده
كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا
ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل
هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخرا وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح الاول هو كغيره
من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت وزوجته
فيء لانها كافرة حربية لا تتبع في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا
كالمنفصل ولانه جزء منها بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون و

ولا تبعية ومن قال من عبيد حربي لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دار
كان عن مالكه في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ثابتة محترمة وما كان غصبا في
يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله لهما ان المال تبع للنفس وقد
صارت معصومة بالاسلام فتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة
بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض
بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة
ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد اندفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث
نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة
معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص ولنا انه اختص
ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز وكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا
ان كانوا اغنياء وانتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم تقسم وان قسمت
الغنيمة فالغني يتصدق بالقيمة والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله اعلم

فصل

في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى
الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لان النبي عم قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل
سهم عند ابي حنيفة رح وقالا رحمهما الله للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روى ابن
عمر رضي الله عنهما ان النبي عم اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق
بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات
لا غير ولابي حنيفة رح ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عم اعطى الفارس
سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال النبي عم للفارس سهمان
وللراجل سهم وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا
تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر جنس واحد فيكون غناؤه
على غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار
الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه
ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عم اسهم لفرسين
ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء ابن اوس قاد فرسين [illegible] دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه
محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق

والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل
ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان
العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة
فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم
الراجل وجواب الشافعي رح على عكسه هكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه يستحق سهم
الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو
القتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام
بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام
ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء
الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال
الشخص حالة المجاوزة فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان
بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح انه
يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات
يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان
لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي
ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي ان النبي عم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد و
كان يرضخ لهم ولما استعان النبي عم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد
عبادة والذمي ليس من اهله والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله
منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق
وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى
فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال
فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما
يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة
اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله فلا يسوى
بينه وبين المسلم في حكم الجهاد والله اعلم واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء قال
[illegible] لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة

الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم
ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه
المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب
القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط
بموته كما سقط الصفي لان النبي عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عم
يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول
الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم بالنصرة
لما روينا وبعده بالفقر قال رحمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي رح وقال الطحاوي رح سهم الفقير
منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم
العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح لما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع
انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ
قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام
ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد
فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن لهم الامام لانه
مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن
المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية
قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها
النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه
لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد فيه بالاحراز
قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له
وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرعي لانه بعثه له ولان القتال
مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون
غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال النبي عم لحبيب بن مسلمة ليس لك من سلب
قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني
لما رواه وزيادة القتال لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه

وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه
وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين
واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له
فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار
الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب الاستيلاء

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق
في المال المباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا
بسائر املاكهم واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها
لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة
الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف
كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع
فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه
عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها
المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة
ان احبوا لقوله عم فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له
الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة
ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة
وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى
انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا ولو اشتراه بعوض يأخذه بقيمة
العوض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة
ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل
غير مفيد وكذا لو كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه
واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا
ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن
لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة تناولتها

واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول
بالخيار ان شاء اخذه بالثمن
الذي اشتراه وان شاء ترك صح

الى النفع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري في يده شراء فاسدا اذ لا وصف
تضمن فيه كما في الغصب اي ههنا الملك صحيح فافترقا فان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم
فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان ياخذه
من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد
على ملكه ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا
كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان ياخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب
بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما
يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف
رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد
لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام
يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج
من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت
يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام
يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح ياخذه المالك القديم
بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال
لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق
لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء
لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه
ياخذه بالثمن ان شاء لما بينا وان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله
واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل
فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر
عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف
اسلموا وخرجوا الى رسول الله عم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه ظهر على الدار وهو
اعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة

وزيادة توكيد ودفع حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى والله اعلم

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم
لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ
اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن
فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم يعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود
الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به
وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان
فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض
لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا
ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في
المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم
على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين
قضي بينهما بالدين ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بيناه انه ملكه ولا
خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا
ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر
بالرد ومراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا
دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام
لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون
الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد
لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل
مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رح وقالا في الاسيرين
الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بينا
وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رح ان بالاسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم
فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه
لا كفارة في العمد عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا

ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة
دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن
من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها
مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى
وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما
الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا
اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة
لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين وان دخل الحربي
دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج
الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير
ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة
لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه
الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية
بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل
حربي بامان وتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما
المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم
او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام
من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما
الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين
فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد
العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها
والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي عنه عم
انه اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه
مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين
وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد
وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار

دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم
هاهنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا
باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما
يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق
ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان
في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا
تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة
ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي
فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا
او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية
في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة
وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال
الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور
فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام
بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن
بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرط التماثل وهو في المال دون النفس
فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة وكذلك
في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها والله اعلم **فصل** ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له
او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ
فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا
فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه
بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من
القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس
من النظر اسقاط حقهم من غير عوض **باب العشر والخراج** قال ارض العرب كلها ارض عشر وهي
ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين
العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء

الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما
لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا
العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة
رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها و
تصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى
رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم
اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التعلق
التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس
الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلعم فتحها عنوة وتركها لاهلها
ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم
يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر
السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيى مواتا فهو عند ابي يوسف معتبر بحيزها فان كان من حيز
ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية
باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع
وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض
الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها
ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا
ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية
لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء
لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه
الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل
عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل
حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة و
المزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم
اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان
وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبر

فيعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه
لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط
وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك
كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما
وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما
حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز
النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله
لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء
او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء
التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول
وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال
وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس
الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا
يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه
معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم
ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا
اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداءه للمسلم من غير
كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا
في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان
احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة
وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب
الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا
يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة
لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم

باب الجزية وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه
الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي
فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم
على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منه في كل شهر
اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر

ودرهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار
والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر
من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري
والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم
ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا ولهذا وتوضع
الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد الاية
ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الاية الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل
الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب
الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين النفقة
في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب
فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه
كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف
زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر
عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم
لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة
ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية
قال ولا على زمن ولا على اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله
له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير
معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة
لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام
الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب
بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان
الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هاهنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يوضع عليهم اذا
كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم ان القدرة

على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا
كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر
السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما له انها
وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض
كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا
تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة
في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في
حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى
لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج
رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يؤخذ منه وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت
فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب
عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي
السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار
على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي
به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط
الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت
بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل
انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت
الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ
على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل
وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع
بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رحمه الله في اخره اعتبارا
بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر
ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان
انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم
الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة
للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار
دون القرى لان الامصار

هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض مع اظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا
لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة و
في ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون
الخيل ولا يعملون السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب
على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة
المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ولانه لو لم يكن علامة
مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من
الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان
تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل
يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في
مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس
يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة
لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال
الشافعي رح سب النبي عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه
ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد
الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة
عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته
في اللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل

ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون
الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة
على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا
انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك
لا يختص بالجزية الا ترى انه روعي فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض
بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عم ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة
الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا
بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم
عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس من اهل الصدقة

الصدقة اصلا لانه صان نفسه شرفا وكرامة عنها والحق به مولاه وما جباه الامام من الخراج
ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور
وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد
لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب
فلا يتفرغوا للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا
يسمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي و
المدرس والمفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله
عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره
باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة ايام فان
اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل
فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة
ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناها بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عم من بدل
دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير
الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلايل وكيفية توبته ان يتبرأ عن
الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال
فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك
المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب قال واما
المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها
فيها فكذا في موجبها ولنا ان النبي عم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار
الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه
ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس
حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في
حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها
مولاها اما الجبر فلما ذكرنا والدفع الى المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل يوم
مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف

محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لانه حربي مقهور تحت ايدينا حتى
يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه
ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل
مسلما فلم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب
عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين و
كان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال
حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته
الى ورثته فيستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث
المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكنه الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرط وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثه حالة الردة
وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه
من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة
الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب
قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة
اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها
لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها
المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها
لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم
بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام
الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه
الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر
لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي
ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو
السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا
بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام
مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته قال رض
هذا رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة

الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه
الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم
الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين
ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا ووجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب
الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب
الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري
الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او تصرف او اعتقه او وهبه او رهنه من امواله في حال ردته
فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف و
محمد رحمهما الله يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد
والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد
الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم
والمرتد ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك ولا خفاء
في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قدمناه ثم قيل الحبل لو
ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه
فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة
تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد رح يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما
معرضا عما نشأ عليه قلما يترك فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح
انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي
يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان
سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك
جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار
الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه
فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه
لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما
واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات
على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قدمناه واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد

تبع لها لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا
لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان
لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان
الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا
لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة
والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث
الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق
عنه واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال
الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة لان العواقل لا تعقل
المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا
يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة
لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا
فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات
من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم
فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار
اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق بدار الحرب ومعناه
اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير
فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى
فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
رحمهما الله في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا
قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل
الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد
السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء
اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه
يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا
فكذا اذا كان مكاتبا اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة
فكذا اكتسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا
ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت
ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد

الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية
في الاسلام وهي اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى
الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام
ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده
ليس بارتداد واسلامه اسلام لان الاسلام تمحض منفعة فلا يجعل اهلا له لانه يلزمه احكاما يشوبها المضرة
فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور
ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد
على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل
المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيره فلا يبالى بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف
الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة
حقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات
موضوعة عن الصبيان رحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره
لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

(في الهامش: وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد)

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان
عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ
بقتال حتى يبدؤوه فان بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رحمه الله هكذا ذكره القدوري في مختصره وذكر الامام
المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز
حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر
مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على دليله وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام
حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح
ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر
بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب
عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا
بها وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك
في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته
ولا يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر
ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت
فئة يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس
ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف

ولذا انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه
بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي
مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم
وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة
ولا استغنام فيها قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا
لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزا من اخذ منه لوصول الحق الى
مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى
مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي
العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذه الامام لانه يحميهم
بالظهور عليهم ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل
حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل
المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم تجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي
ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي
وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قد علمت اني على باطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان العادل اذا اتلف
نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا
ولا ياثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا
له انه اتلف مالا معصوما او اتلف نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم رواه الزهري رحمه الله ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه
المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا تثبت الا بالالتزام او الالزام
ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة
وعند عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت
هذا نقول في العادل اذا قتل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل
ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان
الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته
فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة في عساكرهم
لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان
الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى

انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب
قال اللقيط حر لان الاصل في بني ادم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت
المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه
المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع
في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان
التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع
انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل
قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب و
يعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف
في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له
لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة
لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه
ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير
وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره
وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب
فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا
في مكان المسلمين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى
في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين
فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا
للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده و
فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة
بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط
مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه
الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط
ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز تزويج
الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا تصرف في مال اللقيط اعتبارا بالام
وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل

واحد منهما احد بها ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه امه
وحاضنه قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويواجره قال رضي الله عنه وهذا
رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه
الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكر في
الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو
الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن
بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له
لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه
وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه
في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس
قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف وهذه رواية
عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير
وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير
بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق
القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف
بالحول احتياطا وما دون العشرة ليست في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به وقيل
الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان
صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها فان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون
القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح
قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك
بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها
وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار
ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف
على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته

لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة
من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز
الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك
افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها
ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا
انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان
انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره
كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على
ما بيناه واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كانت للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها
لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن
لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند
تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها
لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء
ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة
قال رضي الله عنه في الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يامر فيه
بالانفاق وانما يامر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي
يقول له القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا ترجع ان كان
غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعدما
حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح
واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار
كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فانه له الحبس لاستيفاء
الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه
بالحبس شبيه الرهن ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها
في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة
من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان
انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه
حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك

والشافعي رحمه الله يجبره والعلامة مثل ان تسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها له
ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه
ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا
بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك وعددها فادفعها اليه هذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم
وان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور
وهو قوله عم البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا
وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده له فاذا صدقه
قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع
مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عم فان لم
يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة
وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عم في حديث
ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه
انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح
الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما رواه
على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال
استغنائه فيها وانتفاع ابي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط
فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا
اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الآبق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقيل تركه افضل
لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر
على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه
لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام
فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس
ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا
ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب
ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان
ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع
ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق
لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى

الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت
قيمته اقل من اربعين يقضى بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف
له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك
فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد
في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت
بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على
الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال
وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده ولكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة
قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان
يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء له
لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد
لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع
ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك
الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده
على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع
في اداء الثمن فان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء
منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن
لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين
عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي على الغرماء لانه مؤنة
الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء
لعود المنفعة وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب
له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب انما حصلت بترك
الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده
وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله اعلم بالصواب

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم
عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار

كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته
والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه
ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك
ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل
بالقبض من جهة المالك في الدين وان كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه
القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته
ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له
على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته
واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من
يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون له
اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء
والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني
الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا
لم يكن في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب
وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا اعترفا بها اذا كان المودع
والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند
القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان جحد احدهما او الوديعة والدين او النكاح
والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير
امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما
اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين
الزوجية والنسب لم ينتصب احد ممن يستحق النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت
حقوقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته
وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم
تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله تعالى عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما
ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا
الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه
الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله تعالى عنه فيها
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان
النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله

عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا
للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة
من يوم ولد حكمنا بموته قال وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران
وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء
والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم
ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي
معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت
حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت
باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف
الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن
وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث
تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون
بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت
منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث
آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان
كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم
من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لان النبي عليه السلام بعث والناس
يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك
العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه
وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا
اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا
يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه
الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب
الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك
في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد شركة قابلا
للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل

واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من لوازم المساواة قال فلهذا لا يصح الا بين الناس فيتحقق المساواة
بينهم ولا مساواة اذا اختلفا بالحرية والرق ولا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك
في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما
تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة
عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة ووجه
القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه
الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك
القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا ينعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام
حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين المسلمين او الذميين
لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك
ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا
منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الكفالة والوكالة ولا يعتبر زيادة
تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الحنفي والشفعوي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في
متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين
ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم يصح المفاوضة لفقد شرطها
ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال لما بينا واما الكفالة
فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما
يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل
واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو
استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف
من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان يأخذ
ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى
دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك
فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر
الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي
لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون و

والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء
ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء
يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس
لانه تبرع ابتداء وانتهاء فاما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون المثل بحكم
عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى
المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت
المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا
لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط
فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار
لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير و
الفلوس النافقة وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها
عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله
وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض
البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما
شيئا بماله على ان يكون المشترى بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج
الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف واما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز الشركة والمضاربة
بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله والاول اقيس
واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر و
النقرة فيصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة
ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة يتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم
فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح
لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف
الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فنزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا
ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي

المتقارب والاختلاف فيه بينا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته
وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد
يصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر
الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه
حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاحتمال
الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت
والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات
الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط
قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف
ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة قال وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس
مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل
بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة
وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة
وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق
من الاعراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في
المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان
المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس
المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط بمنزلة نماء الاعيان فيستحق
بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان
الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر
عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه
يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه
لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما
وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة
حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض
لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح
للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دراهم ومن الاخر دنانير وكذا من
احدهما بيض ومن الاخر سود وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط

الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى
قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون
الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال
نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك
الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكره والقول للمنكر مع يمينه قال
واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد
الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض كما عرف
وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا
ليشركه في ماله واذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته فايهما هلك هلك
من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط
حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال
الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة
وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن
بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد
تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه
هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الاخر بالمال
الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت
فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من
الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة
لان الوقوع على الشركة بحكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف
ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر و
الشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين راس المال بخلاف
المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما
ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح
مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح
مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط
شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس المال وانما يستفاد بالتصرف

176

لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط
تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس
والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم
مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في
المزارعة قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة
ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد
التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له
ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود
تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة
حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع
التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد
خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله بخلاف قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال
باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع وتسمى
شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز
ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد
من راس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصله على ما قررناه ولنا
ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة
في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله فيهما
لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا
جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه
وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به
فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن
لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما
يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان
والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان
ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الاخر ولهذا يستحق
الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه
فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه

لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة و
الوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا
خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الاخر
فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فيتعين الاول فان
شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى
بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال
يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا يرى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني
واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان
الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها
بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل

في الشركة الفاسدة ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وما اصطاده
كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة
متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح
نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الاخر في عمله
بان قلعه احدهما وجمعه وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به
نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي
عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب
البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما الفساد فلانعقادها على احراز
المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى
منافع ملك الغير وهو البغل والراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة
فالربح فيها على قدر راس المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره
كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق
على قدر راس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها
تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق
مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك
بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد
الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر لانه عزل قصدي فصل وليس لاحد الشريكين

ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان
يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما
نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى
الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه
التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمأمور
بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لم يعلم ولابي حنيفة
انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر
اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود
حصل باداءه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار
فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر
حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار
قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن مقابل بالملك وله ان الجارية
دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن
غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه
يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك
مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة
وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب
بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان
يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رحمه الله يزول
الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة
هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين
على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية
وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه

منه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولان الحاجة
ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى
اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رحمه الله
جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك
والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق
بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن
ان يزول ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد
لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى
قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح
لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه خلاف المشايخ
رحمهم الله ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رحمه الله هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك
يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لانه بمنزلة الاعتاق لانه
اسقاط الملك وعند محمد رحمه الله لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى
العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ
حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا
استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط
المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على
الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله لان القسمة عنده
من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض
عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع
عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم
مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رحمه الله لان بقاء الشركة يمنع الخلوص
لله تعالى ولان المهايأة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه
في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة و
لو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة
بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض

وقد وهبا او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق
جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة
المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل اخره بجهة لا تنقطع ابدا
وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة
يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا كالتوقيت في البيع
ولابي يوسف رح ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب
تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين
وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة
الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا
قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند
محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذه صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا
وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف
العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض
وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها
وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع الارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز
افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع
والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عم واما خالد فقد حبس
ادرعا وافراسا في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى
اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل
عليها وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار
والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان
القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح
انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما
وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا
وقال الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن

يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه
فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل
القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى
فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا
عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا
واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون
معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا
وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف
وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي
من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في
القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون
بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم
يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء
ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على
الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه
واخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته فانما
يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك
الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك
فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء اخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء
فكذلك عند البعض وعند الاخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة
ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان
الخراج بالضمان على مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها
الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف و
حق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة
لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه
ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم
من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج
الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة
اليه في الحال صرفه فيها والا امسكه حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود

وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل
ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما
حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه
او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح قال رض ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه
اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي رح وبه قال الشافعي رح
وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة
والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل
لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده
ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على
الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهن في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف
تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه
لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عم
كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان
الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه
فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا انه يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي
الصرف الى نفسه ذلك قال عم نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا
اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط
الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف
باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا
وهو ظاهر المذهب وذكر هلال رح في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له الولاية وان
لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد رح لان من اصله ان التسليم
الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته
بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا
الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه
وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان
الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا
للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط
مخالف لحكم الشرع فبطل والله اعلم **فصل** واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه

ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رح عن ملكه اما الافراز فلانه
لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط
تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه
ثم يكتفى بالصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس يتعذر
فيشترط ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد لذلك يبنى في الغالب
وقال ابو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط
لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق
وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به
ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال
اذا جعل السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم واذا
كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رح انه حين
دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن
للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع
واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله
تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح
انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار
مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه
ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها
لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في
الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقاط
منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته
لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا
ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن بنى
سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل
ملكه عن ذلك حتى يحكم به حاكم عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا يرى ان له ان
ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في
المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد

لانه لم يبق له حق الانتفاع به فيخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول
بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى
الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم
عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس
كله وعلى هذا البئر والحوض لو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب
عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون
تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق
بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا
وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان ويصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح
وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين
او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين وجعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين
او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه
فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة يحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه
من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني
والفارق هو العرف بين التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني
والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم
واحكم بالصواب واليه المرجع والمآب قد تم الجلد الاول من الهداية
الحمد لله على التمام وللرسول افضل الصلوة

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما
بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع
والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت او اعطيتك
بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى
هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو
الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر
بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت
له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر
فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس
لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر

وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض
الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد منهما لانه
صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام
دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول
لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله
يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه
اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه
تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز
البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة
والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم
واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم وكل جهالة هذه
صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعن النبي عليه السلام اشترى من يهودي طعاما
الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم
الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قرب المدة وهذا يسلم في بعيدها قال
ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري
للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها
وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع
الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت
مختلفة في المالية فاذا كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند
والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف
الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز
بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا
باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم
فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه
لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر
فيه

بهلاكه فيؤدي بخلاف السلم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي
انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز
في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو
معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار
ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة
عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار
كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع
في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم
جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا الا ان بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي
اليه في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع
لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة
اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها اقل فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى
انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان
فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه
بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان
وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة
كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن
وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع
بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن
فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه

وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم

بالاقل

بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام
فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون
المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين ما اذا علم
جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن
ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان ايضا
وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي
حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد
في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة
ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار
وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الاول
ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة وقال محمد رحمه الله في الاول
ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء ويخير لان
من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولابي يوسف
رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار
بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس
الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون
حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا
دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف
ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر
وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته
للبائع الا ان يشترطها المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة
للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء

فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك
المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال
الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو
التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة
وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق
بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه
يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت
الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت
ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز
بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق
لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا
لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود
بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع
لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها
والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل
ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك
لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله
للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الجزء الذي يزيد لمعنى في الارض
والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق
بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل
الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة
فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك
وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز
ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده
وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله

لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم
بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي رحمهما الله
اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز
استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف الحمل واطراف
الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء
في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر
وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا
يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة
اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع
السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير
والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال
الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة
الربا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل قال ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية
لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
اما الكيل فلانه لا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة
الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله
لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على
المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج
الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا
لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما
في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل
فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات
فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز
اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى
مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار

انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل
في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم
وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على مدة المذكورة فيه وانتفت
الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود
جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا
اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم
الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول قال
ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر وان نقد
في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة
مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر
ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد رحمه الله في تجويز
الزيادة في الثلاث وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه
المسئلة قياس اخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها
بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار
ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري و
في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون
المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع
ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البائع لان البيع في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له
الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر قال الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد
لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه
لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك
ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك
بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق وهو انه اذا دخله

عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فلزمه الثمن بخلاف
ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن
اشترى امرأته على انه بالخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت
بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها
لم يردها لان وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها
ينبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشتري اذا كان
قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف
ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة
في المدة لا يجتزئ به عن الاستبراء ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده
وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير
ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده
وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا
ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن
التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا
بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار
ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل
البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار
فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز
وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما
كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة
ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد
بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف
فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته
مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار
كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيها ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك
وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في غيبة صاحبه
وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد

بمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته
وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث
كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله
والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما
فكذا الوارث فاما نفس الخيار فلا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء
لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره
فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخيار من مواجب العقد
واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير
العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا
عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما
نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه
فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ
في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه
الثاني ان تصرف الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما
ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رحمه الله والثاني
قول ابو يوسف رحمه الله واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره
معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وابو يوسف رحمه الله يعتبرهما قال ومن باع عبدين بالف
درهم على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها
ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة
الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني وهو ان يفصل
الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم
وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ولكن
هذا الشرط غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث
ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة
المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار
ثلاثة ايام فهو جائز وكذا الثلاثة وان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس
ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان

ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا
النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا
يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع
بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاث
لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا
العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار
وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث
عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشتراهما وفي
وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر
امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه
بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعا معا لزمه
نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط
له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الخيار
خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث واما خيار الشرط
فلا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار
الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها
لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار
سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير
يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما
بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده
وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته
لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس
من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع
عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه
ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد

بخروج الصغير بنذر الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة
فاذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد
على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز
وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد
اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه
ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث
ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف
قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا له الخيار اعتبارا
بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك
الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه
انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا
بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف
يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب
حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر
الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود
دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية
او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره
فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في المبيع اشياء فان كان لا يتفاوت
احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا
كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احاده كالثياب والدواب
لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون
مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف
لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم

البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمي
وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم
والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو
اللحم يعرف به وفي شاة القنية من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف
للمقصود قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج
الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت
والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم
بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض
فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكيل بالقبض دون اسقاط الخيار
فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب وخيار الشرط والاسقاط قصدا وصار كما اذا قبضه
مستورا ثم رآه بعد ذلك واراد ان يسقط قصدا وله ان القبض على نوعين قبض تام وهو
ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم
مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا
انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع
تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام
منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله
وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان
رسولا في البيع والشراء قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى
ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه
اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار
حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف
في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس والموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه
بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على ما مر انفا قال ومن رأى
احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون
رؤية الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما

كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا
من الاصل قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث
عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة
فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل بالرؤية
السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئية لعدم الرضاء به وان وجده
متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان
اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا
اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في
الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له قال ومن اشترى عدل
زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط
لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية
والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية
كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتماد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع
فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل
من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب
كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به
قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول
في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم وجدت عند المشتري في صغره فله
ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان
هذه الاشياء تختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة
وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما
بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال

لا ابق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد
البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر فلانه زوال فلا بد من المعاودة للرد قال
والبخر والذفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وطلب الولد
وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود منه الاستخدام ولا يخلان به الا
ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه
يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال
والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات
فتختل الرغبة ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب قال فلو كانت
الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة
الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهي سبع عشرة سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله
ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال واذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان
ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود الى ملكه معيبا
فامتنع فلا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه
بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بنقصان العيب
لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك
لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا
البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد
بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه
معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع
لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعدما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد
ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا
يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم
اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق
فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان

يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت
الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله
وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان
بعوض فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله
اما القتل فالمذكور فيه ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به
حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد
الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق
لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما
يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه
صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل
مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع
ما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان
العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا
او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه
ليس بمال وكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار
اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فلم يعتبر التسليط من جهة البائع من ملك المشتري
فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا
لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة
وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل المشتري
بقضاء القاضي باقرار منه او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ
من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا
شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف
الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد

والموجود هنا بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي
ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول
ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له
ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله
سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام
العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر
على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن
حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء
تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي
صونا لقضائه عن النقض فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه
على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا
لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه
لم يابق عنده لان القول وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما
ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه
الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا
العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه
وفي الثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم
دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع
ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان
الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة وكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام
العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي
اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان
الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا
فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها
فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب

وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين
صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن
ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر
وهو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يخلو عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض
تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له
ان يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه
كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى
انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان
في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو
استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض
اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وان كان
ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان في وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق
بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة
فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان
الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها
على بايعها او ليسقيها او يشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد
والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها
او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون
رضا ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده ويأخذ الثمن
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القتل والقطع وانه لا ينافي المالية فينفذ
العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اشترى جارية

حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله
ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود مضافا الى السبب السابق
وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر
من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرنا وعنده لا يرد بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله
البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احداهما
الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده
كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب
وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد
على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم جملة العيوب بعددها وقال الشافعي
لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى
المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل
في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله هو يقول ان البراءة يتناول الثابت
ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

فاذا كان احد العوضين او
كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك
كالحر قال المصنف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع
بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه
الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة
المال بالمال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون
امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون
مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله
والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه
ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا للبيع
واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين

بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر
مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتهما
وترك إعزازهما وفي تملكهما بالعقد مقصودا إعزاز لهما وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط
التقوم أصلا بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد
تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر
بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع أم الولد والمكاتب
والمدبر فاسد ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام
أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد
الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك
كله وأنه لا يجوز ذلك ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد
المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق
وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن
قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال
وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف
المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله أن جهة
البيع إنما تلحق حقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا
كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم إليهما
فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه
كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها
ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل
لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله
من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع
الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غررا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه ينازع
في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف
الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلى
وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع

القطع

القطع وقد صح أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع
وسمن في لبن وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله فيما روي في هذا الصوف حيث جوز
بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أو لم يذكره
لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر
في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع
أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع
النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما وأخرج المبيع
لأن وجودهما احتمال أما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخل
بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه
ولا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذلك العنب [illegible]
بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى
عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق
قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ
وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة
وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان
فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع
فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام
عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين
لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد
ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد
على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
فهذا أولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز إذا كان
محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان
لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له كذا ذكره الشيخ الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام

وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان
لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة
وقيل ابو يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه
لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق
مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهو غير آبق في حق المشتري
ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير
قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض
الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض
غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين
ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد
لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو
العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وكذا يروى عن محمد رحمه الله ولا بيع لبن امرأة
في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء
الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر
الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة
في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز
الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتاتى بدونه ويوجد مباح
الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف
لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها
ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز
ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة
الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا باس

ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب
الصلوة ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها
والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه
من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعندهما بمنزلة السباع
حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او
سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان
المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ
لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في كتاب
الشرب قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة
تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان
الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا
معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء وان كان الثاني ففي بيع
حق المرور روايتان ووجه الفرق على احدهما بينه وبين حق التسييل ان حق
المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق
التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي
على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه
المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن
باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة
حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد
وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى
ويبطل العقد لانعدامه وفي متحد الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده
ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي
مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات
جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية
بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن
الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها
بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول

او بلا زيادة او بالعوض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة
بعد ما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى
ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه
فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة
ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم
يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها
منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى
في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري
الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف
خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى
سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا
وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين
الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري
لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير
وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه بنفسه فلا يوليه
غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز
ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا
يخللها وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري
او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا
بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال
كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون
الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود
عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع

لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على
القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر
من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة
فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط
يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا
في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة
ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه
بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا
حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر
ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه
ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق
الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا
وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه
المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان
الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام
عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد
لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع
ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل
ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل و
هذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة
والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة
ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة
وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية

وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا
استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع
ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد
المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه
فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز
للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى
النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك
لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا
يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين
بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل
الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز لان هذا تاجيل في الدين وهذه الجهالة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه
في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط
الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل
في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة
في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل
يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى
لكل واحد ثمنا جاز في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك
التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد والمدبر له الاعتبار بالفصل الاول
ان محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى

الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما
لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد
اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط
فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخل
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح
وفي المدبر بقضاء القاضي وكذلك في ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا
اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول
في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل

في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه
لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا
لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية
عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور
ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا
يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع
عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط
اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم
الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء اخر ان في الخمر الواجب هو القيمة
وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر
الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع
تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم
التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه
مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل

معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر
لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب
العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه
لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري
نفذ بيعه لانه ملكه فيملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد الثاني
به ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله
دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه
حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل
واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع
قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير وقبضه فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز
وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فلزمته
القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع
الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا
كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن
ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ
مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب في الجامع ثم شك بعد ذلك في الرواية
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى
يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما
يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا تبطل بهبة
المشتري وبيعه وبهذه بنايه وشك يعقوب رحمه في حفظ الرواية

عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث
فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك
فعند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة
وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد
الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون
النازل عنها قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء
وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين
وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل**
فيما يكره قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا
اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر
فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي
الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس السعر
على الواردين لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام
لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع
من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا باس
لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل
ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد
ولا في شرائط الصحة قال ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرناه وقد صح ان النبي
عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة
اليه **نوع منه** قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق
بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي

غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد خلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره فلا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به قال وان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك او الرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما وان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل ان الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعلها فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا يرى انه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولأبي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل اعمال الألفاظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع

في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لأنه ضده واللفظ

ما لم يكن ثابتا فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الأقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لأن الأصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جعله بيعا ممكن فاذا زاده كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند ابي يوسف لأنه هو الأصل وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الأول

رحمه الله

فهو فسخ بالثمن الأول

عند ابي حنيفة رحمه الله وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال والمرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لأنه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لأنه باعه برأس المال

ويبيعه مرابحة لانه ليس من زوائد الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة
القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق
هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق
به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل
بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة
التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة
في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط
فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما
والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة
فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا
ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان
معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله انه لو لم يحط في التولية
لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة
لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول
بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن
في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية
والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند
عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل
ربح كان قبل ذلك وان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة
وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة
على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح
بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب
والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل

ثالث لان التأكد حصل بغيره قال ومن اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك
ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه
مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي اعتبار الاول فيصير كأن العبد اشتراه
للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال
واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند
عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو علة الجواز
وهو المقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل في البيع الاول من
وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن
لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن ابي يوسف رحمه الله
في الفصل الاول انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي
فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار
مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء
من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل
لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة
بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم
لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين
رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان
استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن
الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط
وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري

بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البايع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر واذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم
العلم فيتخير كما في خيار الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل
ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولانه
فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر
من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول
والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز
والاجارة قيل على هذا الخلاف قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا
موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان
يبيعه ولا ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري
ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع
الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر
ولا معتبر بكيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البايع
والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم
لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضرة
المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه
يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود
عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى
عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن
قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبايع
في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق

الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد وعند زفر والشافعي
رحمهما الله لا يلتحقان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما
انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد
وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا
مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية
التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق
في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط
وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة
لان في الزيادة ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع
على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت
ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد
استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن
حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا
ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت
متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين
حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة
وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي
ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم
نسيئة وهو ربوا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث
يلزم الورثة ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية
بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل
او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال
القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة
مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب
والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول

بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا
ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة
وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار
الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط
المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه
اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن
التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال
التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا
هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر
الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه
السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها
الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت
هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب
وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا
مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لان المساوات بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا
او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل
والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل
ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء
باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا
يوجد الا شبهة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا
انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجب فضلا في المالية فتحقق

وحقيقة الفضل

شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه جاز وان جمعهما
الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن
يتعين بالتعيين والنقود توزن بالصنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا
اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم
التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة وكل ما نص رسول الله
صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه
مثل الحنطة والشعير والملح والتمر لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر
العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت
هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب
بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام
في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت
بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا
فلو بيع بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف
ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة
هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه
مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام
بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب
القبض وللنقد مزية فيثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف فيترتب ذلك
على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد
عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية
عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لوجود الطعم على ما مر
قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت

باصطلاحهما ثمنا

والجوزة بالجوزتين

انما لا يتعين فصار كما اذا كان بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما
واذا بطلت الثمنية يتعين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في
نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية
خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالكالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما
اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل
لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز
وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع
الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق
بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما
يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة مع المسوسة قال ويجوز بيع اللحم
بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه
لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط لانه لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم
فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك
المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن
الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا العنب بالزبيب
على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم
فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا او
كل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع
باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال
وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه
بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او
الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

او بالتمر المنقع

لا يجوز ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبره
في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل
في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين
الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود
عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود
عليه فلا يعتبر قال ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول
ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز
للجهالة ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج
اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك
يعرى عن الربا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال
الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن
يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا
ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس فجنس واحد وكذا
المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم
وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول
مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل
بالصنعة وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما
ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني
والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز
صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كانت الحنطة نسيئة جاز
ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى
وكذا في الخبز السلم جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا ووزنا عند ابي حنيفة
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل

وعند ابو يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربوا
بين المولى وعبده لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
ماذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك
المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق
الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لان
مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه
غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان **باب الحقوق** ومن
اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق هو له
لم يكن له الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين
المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما اديرعليه الحدود
والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل
بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون
فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع
ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك
لان كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم
الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي
حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان
مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف
قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان
يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع
ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل
تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري
عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة **باب الاستحقاق**
ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها
وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة
فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون

خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله ... الاعتبار بالمستامن منهم ... ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب

له اما الاقرار

له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
باثبات الملك بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء
بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد
قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت
الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني
عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان
البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف
انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما
ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره بالعبودية اني عبد له اذ القول
في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا
للغرور ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به
ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس معاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر الاستحقاق
فانهم يرجعوا عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى
شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل
في الدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع
لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار
ه كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيم البينة على الاعتاق
قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان
ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب
الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على
معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة **فصل في بيع الفضولي** قال
ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده

ولد

البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع

إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث تكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع قال وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض هذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيا أيضا ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن له مثل لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاؤه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك قال

ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما بينا ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذا حتى ينفذ من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولهما أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك لا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلا وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الأصح قال فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ثم أجاز البيع فالأرش للمشتري لأن الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى وكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك قال

فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسده الغرر بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات لا إلى بدل بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير أمره فأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد المشتري رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده عليه فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري قال ومن باع دار رجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال

لانه حلال ابتداء

ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول
آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى
الآية وبالسنة وهي ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه ووجه القياس انه بيع المعدوم
اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه
السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد
بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا
فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود
المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التعجيل
انما يجب في محل اوجب العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه
يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط
صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي
المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء
باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده
تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم
فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز
عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة يعرف بالكيل
وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس التي
لا تتفاوت عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود
وزنا وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم في الحيوان ولا في الرؤوس وقال الشافعي رحمه الله
يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك
يسير فاشبه الثياب ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقل
ما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى
عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤوس
والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا
ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به

لمحل الاجل

الحزمة انه شبر او ذراع فيجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون
المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا
عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله
يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله
عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل
فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل
فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح
والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم
في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور
التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك
الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى
لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير
في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة
معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه
وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع
منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على
اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم
لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف المقبوض
في وقته اما الوصف فلا يكتفى به لان السمن يختلف باختلاف الاوقات قال
ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص
في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة
دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان
قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم
لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه
شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم
بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه تأخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون

داول البيوع

المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا
روي عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة على التسليم واليه اشار النبي عليه السلام حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية
لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال
ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة
او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد
او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم
والاصل فيه ما روينا والفقه ما ذكرنا ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق
العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه
اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا
الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما في الاولى ان
المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما
يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما
لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد
كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين
راس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد
يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير
نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد
من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف
عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية
العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا
اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط
اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان العقد
ومكان تسليم الدابة للايفاء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان

مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في الذي اسلم فيه
قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب
في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى
النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ
الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق
معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم
ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام
القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار
الشرط قبل الافتراق وراس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد تم نظيره وجملة
الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله
وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة
مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات
القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ
اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل
بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا يرى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في راس
مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
ولا تجوز الشركة ولا التولية لانه تصرف فيه وان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري
من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او راس
مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم

في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن
قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لانه اجتمع الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة
وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
قال وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة
ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع
الصفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر
رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف
ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر
منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا
ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها
صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا يرى
انه لو امره بالطحن في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره
ان يعتد في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري
ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله
في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير
الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية
من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع
العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة
الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد عليه من عنده نصف
دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين
فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع
وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو
بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك
عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد

قضاؤه

مكان الطحين مح

المتن

المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة
حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ
العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها
ولو اشترى جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا
بعد موتها فالاقالة باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد
بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف
بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد
منهما مبيع فيه قال ومن اسلم الى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه
شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب
السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة
وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي
الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر
الصحة وسنقرره بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب
السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره
حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر
النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم
عندهما لانه منكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي
نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند
ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد
فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسألة المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر
الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار الاصل
ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع
الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر
الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم
في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه
ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها
تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم

بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب
لا سيما اذا سمى الملبن قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز
السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا تنضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز
السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس
بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط
السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا
من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز
لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما و
المعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل
العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره
ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار
ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له
اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز
وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضرب
فيما لا تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ
حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل
السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعامله الاستصناع نوع شبهة فكان
الحمل على السلم اولى **مسائل منثورة** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم
وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي
وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه
فكان منتفيا ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه
لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة
العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله

عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد
ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث
فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون
كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على
العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن
امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك
خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وياخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن واصله ان الزيادة
في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او رابحا
او خاسرا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع
بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية
وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى
جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو
الملك في الرقبة على الكمال وبهذا يقبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته
فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب
حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل
وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب فاقام
البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه
يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر
اين هو بيع العبد وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره على الوجه
الذي اقر مشغولا بحقه فاذا تعذر استيفاؤه بيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل قبض المبيع بخلاف ما بعد القبض
لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله
ويقبضه فاذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا
نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه

وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه وهذا لانه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان المبيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه
والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى
جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما
على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم
وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود
في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا
وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف
مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة
له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير اليه فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء
ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب
ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو
لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه
ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد
ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه
لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما تناثر
من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل
في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في
ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال رضي الله عنه الصرف هو البيع
اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة كذا قاله
الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب
مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها
سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا
ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض

ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به

احدهما ليخرج العقد عن بيع الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق
الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه
شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد
منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي
عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر
ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق
ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض
مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز
لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض
مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل
عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن
في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له من مبيع ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد
منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا
ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير
مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال
بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض
حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو
اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر وكذا لو باع سيفا
محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة
الفضة وان لم يبين ذلك وكذا اذا قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل على احدهما
لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع

فصار كالطوق مع الجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت
مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين
فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال ولو استحق بعض الاناء
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في الاناء
وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري شعير
وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه فانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف
كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف
الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر
بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالالف وان امكن تصحيحه بصرف
الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير
قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة
المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في جنس الجنس وانه طريق متعين لتصحيحه
فيحمل عليه وفيه تغيير وصف لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك
في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره
ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب
بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف
الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة
البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار
جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما رويناه فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر
يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم يبلغ فمع الكراهية وان

لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض قال ومن كان له
على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين
ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا
يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا
ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه
ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف
وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان لاحقا
فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقيق
المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي
الفضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل
ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا
في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش
عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والردي سواء فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم
والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهي على الوجوه التي
ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس
لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز
عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي
والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا
ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت
تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد
فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين وان كانت لا تروج
فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف

الدين سابقا فان كان صح

لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة
ثم كسدت فترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما يتعامل الناس بها لهما
ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا
اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال
الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح
وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما
وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال
معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله
عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض
لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض
فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض
وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا
فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر
ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم
من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال
زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد
لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق
ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان
العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند ابي يوسف رحمه الله
لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من
الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز فيما دون الدرهم لان في العادة
المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك
الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح لا سيما في ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا

درهما فقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس
وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف
بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله بطل في الكل
لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ
الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني
نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف بمثله وما وراءه بازاء الفلوس
قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية والله اعلم

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
اي ضمها ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال
الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون
بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه
اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لانه له ولاية على مال نفسه
ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها
ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده
او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة
او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما
اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة
الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه وقال على
لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام قال عليه السلام من ترك
مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان
الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك
قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة
قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه
في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء
حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة فلعله ما دري لماذا يدعى ولو غاب المكفول

احضاره امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء
الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في
مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه
ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه
في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في السواد
لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة
للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن
وقد حبسه القاضي غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول
به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه
وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس آخر
ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين
ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع
وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على
انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا
التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي
لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب
الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة
متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها
او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها
حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى

انه لم ينسبه الى ما عليه فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بين ولانه لم تصح الدعوى
من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال
لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا
التحق البيان باصل الدعوى تبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية
قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه لا يجبر
عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص
حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في
التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم
النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى
يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة هنا والتهمة
تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في كتاب ادب القاضي
ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء
ويمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب
فاخذ منه كفيلا آخر لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان
او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه
او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بالشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية
والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك
في موضعه ان شاء الله تعالى والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل
وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك
يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا
للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له
ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار

لتضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يملك التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي
وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد
على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح
او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا
لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
فان قال تكفلت عنه بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول
عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق
ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر
فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى
عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه لانه متبرع بادائه
وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك
الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا
ملك المحتال عليه بما ذكرناه في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى
لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب
عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف
الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان
لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان
يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في
الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على

الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو اخر عن الكفيل
لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا
الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هاهنا بخلافه قال فان صالح الكفيل
رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح
الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة
الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت
الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف
ولو كان صالح عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن
المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه
معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب
لا تكون الا بالايفاء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى
غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل
الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك
وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه
هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر
البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا
محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن
استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس
من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن
المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون
بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي
لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار
والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن
بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استأجر
دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت
بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا

للحرمة فتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له
في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز
ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه
تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منهم فيقوم
بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي
ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان
هذا وصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال
او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا
حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف
المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل
للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب
لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع
به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين
ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه
في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل
او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف
عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع
فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة
ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض
على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده
وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين
فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب
على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى
وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب
قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع
الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها

وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي
قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية
عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث
لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف
بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي
ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة
فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة
ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم
البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل
وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة
ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
عليه لانه هو العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب
المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى
لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل
كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة
ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول
وان كانت الكفالة بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به
مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بامر تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه
احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى
على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول

صار ملكا له باشتراطه فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في
نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب
المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال
ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة
في البيع ولا هو اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره
ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع
وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة
على اقرار المتعاقدين **فصل في الضمان** قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن
او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي
اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا
عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة
يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز
ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل
نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن اخر خراجه
ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها
مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان
اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز
الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها
ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيها اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ
الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة
درهم الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك
عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه
الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل
وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة
بعد الشهر ولان الاجل في الدين عارض لا يثبت الا بشرط فكان القول

قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط
بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله
فيما روي عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى جارية
وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع
لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على
البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية
لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات
في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل
لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح
ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه
فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن
الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو
غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح **باب
كفالة الرجلين** واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع
على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف
اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة
لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة
لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فله
ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور قال واذا كفل رجلان عن رجل
بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه
بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل
وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر موجبها التزام
المطالبة فتصح الكفالة عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا
فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض
بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل
لانهما ادياه عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه
لانه كفل بجميع المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع

ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله
على ما بينا فلهذا ياخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا
ايهما شاء بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف
في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر
من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه
بنصفه ووجهه وهو ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل
كل واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما متعلقا
بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء
الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما يرجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما
جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال
الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح
الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف
وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه
بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد
عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق
ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة
الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به
والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل
لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع
عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له
رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن
الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك
وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال
واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه

بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول
ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد فتصح على كل حال لزفر انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو
الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه
قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق
صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته
مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله
لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه السلام
من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وانما اختصت
بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضا
المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه
واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من
المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن
بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرأ
اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة
الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر
على القبول اذا نقد المحيل لاحتمال عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا قال
ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توي
لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه
اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في
المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف
ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى
في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان المال غاد ورائح قال واذا
طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل
قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل

يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما
أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل
لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول
قوله مع يمينه قال ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر
على القضاء فإن هلكت برئ لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها بخلاف ما إذا كانت
مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
أيضا وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به
حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لأنه لو بقي
له مطالبته فيأخذه منه فتبطل الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه
بل بذمته ولا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به
المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام
عن قرض جر نفعا

كتاب أدب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى
شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد أما الأول فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط
لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه
لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز
عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل
وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه وقال
بعض المشايخ رحمهم الله إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق
لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا
قال بعضهم لا لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقال بعضهم يصلح
لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطأ وأما الثاني فالصحيح
أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو
يقول إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا أنه
يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى المستحق
وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه السلام من قلد إنسانا
عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد
الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه

ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل وأن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى
عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه لأن الصحابة
رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف
قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته
القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح
بغير سكين والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة
فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة إلا إذا كان
هو الأهل للقضاء دون غيره فيفترض عليه التقليد صيانة لحقوق العباد وإخلاء
للعالم عن الفساد قال وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب
القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه
فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز
من العادل لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد
علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا إلا إذا كان
لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكنه
قال ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا إن كان من مال الخصوم في الصحيح
لأنهم وضعوها في يد المعزول لعمله وقد انتقل إلى المولى وكذا إذا كان من مال
القاضي هو الصحيح لأنه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث أمينين ليقبضاها
ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى شيئا منها وهذا السؤال
لكشف الحال لا للإلزام قال وينظر في حال المحبوسين لأنه نصب ناظرا فمن اعترف
بحق ألزمه إياه لأن الإقرار ملزم ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة
لأنه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما إذا كان على
فعل نفسه فإن لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره لأن فعل
القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير وينظر
في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من
هو في يده لأن كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا إلا أن يعترف
الذي في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها لأنه ثبت بإقراره أن اليد

كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار
لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني
ويسلم الى المقر له من جهة القاضي قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا
يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال
الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله
والحكم وكان رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله
والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها
وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن
للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم منه او ممن جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء
ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد
المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة
الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب
قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض
لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف
احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا
حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو
بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة
للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه
يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال
ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة
لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة
لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص
والتكفيل **فصل الحبس** واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس

غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا
ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم
يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة
حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال
في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم
الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك
اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار
فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين
في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال
وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق
والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس
بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان
القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال
وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر
والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه
قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة
فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية
ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول
بينه وبين غرمائه وهذا الكلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى
قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان
موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي
او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل
في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع
عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق
عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان **باب كتاب
القاضي الى القاضي** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد

عند الحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو
المدعو سجلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب
بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة
ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر
عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين
والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك
بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار
ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل
في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه
ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف
رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب
ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه
بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم
ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع
اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله
آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء
وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله
قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة
فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكتاب لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه
الشهود اليه نظر الى ختمه فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس
حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه
وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه
يفض الكتاب بعد ظهور العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة
الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه
اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء

قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا
آخر في غير عمله وكذا اذا كان في غير عمله وكذا اذا مات المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان
غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه
على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه
مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما

فصل

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته
فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القاضي ولو قضى الثاني بمحضر
من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي
الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك
الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب
او السنة بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء
فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى
محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح
الاجتهاد الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه فلو قضى في المجتهد فيه
مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان
ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه
قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا
والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض
وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل
شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا
اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في
العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب
الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة
فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه

يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة
ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه
خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا
لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر
به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال
اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة
مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن
لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا لحكم
بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب
ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه
مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه
ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم
التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا
لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم
في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم
المولى دفعا للتجاسر من العوام فان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص
الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع
البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية
قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده
وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء فكذلك

التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم
لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج
فيه الى الرأي والله اعلم

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو
لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وان يبني على علوه قيل ما حكي
عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه
تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل
لا يجوز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير
فصار كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض عدم الضرر فاذا اشكل لا يزول
المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع عنه
قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة
فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور
ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع
فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع
من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لانه لا يمكنه المنع
من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال
واذا كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق
المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها
قال ومن ادعى في دار دعوى فانكرها الذي هي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز وهي
مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى
المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل
البينة فقال قد جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لم تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون
به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عنده ودعوى الشراء
رجوع منه فيعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها
ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة

وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جحد كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا
تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ومجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ
وقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولأنه لما تعذر استيفاء
الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم
ثم ادعى أنها زيوف صدق وفي بعض النسخ أقر بقبض وهو عبارة عن القبض أيضا
ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم
جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض
الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحا أو دلالة فلا يصدق
والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به
فيما ذكرنا لا يجوز والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة
ما يغلب عليه الغش قال ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني
دعوى فلا بد من حجة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر الآخر ثم صدقه
لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد
فعمل التصديق أما المقر له ينفرد برد الإقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر ألفا
فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء
قبلت بينته وكذا على الإبراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب
وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه
ألا ترى أنه يقال قضي بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا إذا قال
ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين
أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله
أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه
بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر أنه باعه
جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام البينة على الشراء فوجد بها إصبعا زائدة
فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله
أنها تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه
وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا بخلاف
الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا

الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه
إن شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن شاء الله هو على
الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في كتاب الإقرار لأن
الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق وكذا الأصل في الكلام الاستبداد
وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة
مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت أسلمت بعد موته وقالت
الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها
لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ولنا أن سبب الحرمان
ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت
بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي
محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا قال ومن
مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع لرجل هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل
أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر
بقيام حق المودع وهو حي فيكون إقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقرارا
على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول
ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال
فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ولأنه حين
أقر للأول لا مكذب له فصح وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح قال وإذا
قسم الميراث بين الغرماء فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء
احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل
والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له
وارثا غيره لهما أن القاضي ناظر للغيب والظاهر أن في التركة وارثا غائبا أو غريما

غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة والآبق الى
صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر
ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت
الشراء في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له
مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو
معلوم فاما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل الاصح
بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان
له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله
ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام
البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له
بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد صار خائنا فلا يترك المال
في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال
كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده ارتفع
بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة
له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك
الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الاخ والام
والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول محمد رحمه الله فيه اظهر
لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب
لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه
النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له
وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل
لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا
قامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد
الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما يجب

الزكاة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل
وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد
معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال
ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع
في حال الاستغناء فتنصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله
لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد رحمه الله
لا تدخل لانها سبب المؤنة اذ المؤنة راجحة عنده ولا يدخل فيه ارض الخراج
لانه يتمحض مؤنة بالاجماع ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول
كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال
ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته
هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله
وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان
بطلان الانابة فلا تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة
لقيام ولاية المنوب عنه فتتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر وهذا من باب المعاملات قال ولا يكون
النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر
ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف
الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم
الذي لم يهاجر الينا قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ

المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي
كالإمام وكل واحد منهم لا تلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة
فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم عند تعذر
الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا
يباع بطلبهم وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه نائب عن الميت وإن كان
بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء
لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن
يرجع بالمائة التي غرمها أيضا لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع
بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل

وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه
أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا
وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك
غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية
لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة ووجه الظاهر
أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولي الأمر
واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الإمام أبو منصور الماتريدي إن كان عدلا
عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وإن كان عدلا جاهلا يستفسر
فإن أحسن وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا
لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال وإذا عزل القاضي
فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك
وقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك إذا قال قضيت بقطع
يدك في حق وهذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرا
أنه فعل ذلك وهو قاض ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه
كان الظاهر شاهدا له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لأنه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو أقر القاطع أو الآخذ
بما أقر به القاضي لا يضمن أيضا لأنه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي
صحيح كما إذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه فعل
قبل التقليد أو بعد العزل فالقول قول القاضي أيضا هو الصحيح لأنه أسند

فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا
مجنون والجنون منه كان معهودا ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل
بما أقر القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع
الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به
القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه يؤخذ منه لأنه أقر
أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها
ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا وقوله
ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وإنما يشترط طلب الدعوى لأنها حقه
فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق قال والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل
لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام
من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي
عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد
بالمال في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة
على الستر ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع
فلا يحصل إحياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة
من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن
أربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء
لحديث الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها
مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها
شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح
والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة
النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل

في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انا قبلنا في الاموال ضرورة
والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا
ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط
والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم
للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر
بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات
وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا
يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف
النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث
احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة
فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تايدت بمؤيد
اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها
ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف
البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله في حق
الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما
تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال
عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة
ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن
لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى
غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان
وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن
الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا
والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها
اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله

في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة
النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام
حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول
الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها
فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة دارئة وان طعن الخصم فيهم سأل
عنهم ايضا لانه تقابل الظاهران فيسأل عنهم طلبا للترجيح وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء
مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا
الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب
والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا
تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد
ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى
بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو الاصح وفي قول من رأى ان يسأل
عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله يضم تزكية آخر الى تزكيته لان
العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب
في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم
عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد
اعترف بالحق واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان
افضل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا
اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم
عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور
العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط فيه العدالة وتشترط الذكورة

في المزكي في الحدود وغيرها لانه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا تشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فيه المزكي في تزكية السر حتى يصلح الواحد وكذا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قال الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ويشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد على شهادته الا ان يشهده عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان

او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لم تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق قول محمد في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف ايضا يتنوع الى نيابة واصالة ثم المسألة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة في ذلك الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف رحمه الله والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم

بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة
كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين
المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود
والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا
خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت
وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا
يلي على نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا
فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان
للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق
ولهذا لو شهد العبد ورد القاضي شهادته ثم شهد في تلك الحادثة بعد العتق تقبل
بخلاف الفاسق والزوج اذا ردت شهادتهما في حادثة ثم شهدا فيها بعد التوبة
والبينونة ولو ضرب الكافر بعض الحد ثم اسلم فاتم الحد تقبل شهادته لان المضروب
بعد الاسلام ليس بحد حتى يتبعه تمامه وهو الرد قال ولا شهادة الوالد لولده وولد
ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا
المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة
ولهذا لا يجوز صرف الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة
قال المص المراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر
نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل
المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة
فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمه الله
تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس

بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس ويصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا
المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه
ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام
التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض
قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه
فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة
ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فان النبي عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال
ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء
بصعوده على سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو
المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب الكبيرة قال ولا من
ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار
لان كشف العورة حرام قال ولا من ياكل الربوا والمقامر بالنرد والشطرنج لان كل
ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة لاشتغاله بهما واما مجرد اللعب بالشطرنج
فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل
الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك
ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه
تارك للمروة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة
من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث
الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية
فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة
لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم
على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمه الله لا تقبل لانه فاسق
لقوله تعالى والكافرون هم الظالمون اي الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين وصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام

اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع
لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محرم الاديان بخلاف المرتد لانه
لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه
يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم
الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستامن لانه
لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي
عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من اهل دارين مختلفين كالروم والترك
لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي
لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات
والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في
حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا
فاما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة
لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة
الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا
الصنيع عدلا قال وتقبل شهادة الخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع
عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب
فسق الولد ككفرهما وقال مالك رضي الله عنه لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون
غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال
وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص
قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في شهادة الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على
الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال
واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز
استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا شهادة للشاهد لعود
المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان

طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا
يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف
ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان
شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر
لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت
انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له
الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا
اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل
لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم
العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه
وكذا لو اقاموها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان
لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا
انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي تقبل ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان
عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق
علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي
بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل
الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط
في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن
فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام
عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة رحمه الله وابو يوسف رحمه الله انه يقبل قوله

224

في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرنا

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت
فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله
فان شهد احدهما بالالف والاخر بالالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على
الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما فصار كالالف
والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف
المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان
متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال
قال وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي الفا وخمسمائة قبلت
الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فهو
نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف
والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف
لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة
الا اني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا
بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما على الالف لاتفاقهما عليه
ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه
ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض
خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف
الف درهم وشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة على القرض جائزة لاتفاقهما
عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو
قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به
الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا
يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل
الشهادتين لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت

احديهما وقضي بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها
فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع
وان قال احدهما بقرة والاخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع
في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في
السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى
لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل
في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا
يبصره والبياض من جانب اخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل
بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف
على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود
اثبات السبب وهو العقد والعقد يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به
ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي
هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بيناه وكذلك
الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو
المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع
والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو العبد والمرأة
والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كانت الدعوى
من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو
والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي في الدين وفي الرهن ان كان
المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى
وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول
المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين
قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل
في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله لهما
ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي
حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا
اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل

لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان الزوج هو المدعي اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت ينقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة

احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قال وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شاهدان شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان الجواز للحاجة وانما تمس عند العجز عن الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي

في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما لو حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والى المصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى والله اعلم

فصل قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام

ويقول

ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا في الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والعلانية بالعلانية واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع واحد منهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع الآخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان شهادة الرجل بقي

نصف الحق قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف
بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام
رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امراتين
قامت مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن
بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان
وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة
بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا لو شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع
البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف
وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل
وكذلك اذا شهدا على رجل يتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض
لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا
لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر
من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع
شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بغير عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند
سقوط الخيار اليه فاضيف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف الزوال
الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة
قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب
نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما وان شهدا انه اعتق
عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق
لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدوا بقصاص ثم رجعوا
بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل

تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب
بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم الاقل
من الشبهة والشبهة دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي
يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس
القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا
لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو
الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما
قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان
على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه
بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان
متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين قال وان قال شهود الفرع كذب
شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء
لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم وانما شهدوا
على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة
بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين
وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب
والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضي يقضي
بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف
المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره
فيكون سبيله منه دفعا لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام

في او بالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص لان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضرته له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الموكل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما

جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او وكل عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول وكالوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب ويسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد ولو دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه

ايضا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه
ولو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان عليهما دين تقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع
المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل
في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

ومن وكل رجلا
بشراء شي فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما
فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر
الى رأيه فاي شي يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في
الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وفي القياس لا يجوز وان قلت الجهالة
اعتبارا بالبيع وهذا لان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل لان مبنى التوكيل
على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع
ثم ان كان يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين
الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة
وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله
بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فاذا بين النوع كالتركي والحبشي
والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع
او الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة
مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي دابة او ثوبا او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة
فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما
هو في معنى الاجناس تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال وقال وان سمى ثمن الدار
ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال
فرس او حمار او نحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم فقال اشتر لي بها طعاما فهو
على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في
اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك

وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على
الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله
ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه
الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية
فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع
وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون
قبول السلم فان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود
الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد
قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي
والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال
واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل
لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان
ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع
عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله
فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده
كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك
لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا
لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف
فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان
الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق ولهما انه بمنزلة البائع منه
فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع
ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل

كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال
لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة ارطال بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه
العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف رحمه الله انه امره بصرف الدرهم
في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة رحمه الله انه امره
بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على
الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له
بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال
ولو وكله بشراء شي بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر
حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان
الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل
وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للموكل في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على
الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان
للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه
تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان
لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد
الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها
للآمر كان للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا
التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا
على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه
الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه
مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل
لصاحبه ومع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما

في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر
رجلا بشرى عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته
لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه
الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان
العبد حيا حين اختلفا ان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشرا فلا يتهم في الاخبار عنه
وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان شراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة
الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن
في يده هاهنا وان كان امره بشرى عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور
سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشرى شي بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته
على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة ومن قال لآخر بعني هذا العبد
لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق
اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له
لان الاقرار يرتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة
لانه صار مشتريا بالتعاطي كما اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له
ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن
وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى احدهما جاز
لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه
لانه توكيل بالشرى وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر
لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة
فكان امرا بشرى كل واحد بخمسمائة ثم الشرى بها موافقة وباقل منها مخالفة
الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي
ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شرى الاول قائم وقد حصل
غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح
يفوقها وقال محمد وابو يوسف ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن

علم أن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به النهار وإذا قرن بفعل غير ممتد يراد به
مطلق الوقت لأن الظرف تعلق بالفعل لا بالفظ فينظر إن كان معيار الفعل
السنة بخلاف صمت في السنة فإذا كان الفعل ممتدا كالأمر باليد كان المعيار
ممتدا فيراد باليوم النهار وإذا كان غير ممتد كوقوع الطلاق كان معيارا غير
ممتد فيراد باليوم مطلق الوقت وتمام تحقيقه في التلويح وقد أوضحنا...

رجل تزوج امرأة غيره فقال لها أنت طالق ثنتين مع إعتاق مولاك إياك
فأعتقها مولاها فطلقت ثنتين فالزوج يملك الرجعة لأن إعتاق المولى
شرط فتعليق ...
... فيصير طلاقا ... فيملك الرجعة ... للفظ
... مع العربية ...

في حالة ... لا يقع الطلاق ... الاحتمال ...
... في عدم النية ... يقع الطلاق ...
والرد ... لأنه ... الجواب والرد ... بدون
النية وهو الرد لأنه ... ما كان ... وإذا وجدت
تعين الجواب ... صورة المسألة
إذا قال لامرأته اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأول الطلاق
وبالباقين حيضا ... لأنه نوى بها حقيقة كلامه وإن قال
لم أنو بهما شيئا يقع الثلاث لأنه لما نوى بالأول الطلاق صار الحال
حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق

بيع يمينه قبل التخالف ...
المسألة الأولى هو غائب ...
ذكر معظم يمين التخالف ...
وقبله أجنبي عن الموكل ...
وهذا قول الإمام أبي منصور ...
قال وإذا قال العبد لرجل ...
قال الرجل للمولى اشترى ...
بيع نفس العبد منه ...
المأمور سفير عنه إذ لا ...
وإذا كان إعتاقا ...
اللفظ حقيقة للمعاوضة ...
شرى العبد نفسه لأن ...
المولى لأنه كسب عبده ...
حيث لم يصح الأداء بخلاف ...
بيانه لأن العقدين ...
العاقد أما ههنا أحدهما ...
عاه لا برضاه ويرغب ...
قال لعبده اشتر لي نفسي ...
فيفعل فهو للآمر لأن ...
مالية والبيع يرد على ...
الحبس بعد البيع فإذا ...
وإن عقد لنفسه فهو ...
والعبد وإن كان وكيلا ...
مثله ينفذ على الوكيل ...
لأن المطلق يحتمل الوجهين ...
لنفسه **فصل في البيع قال** والوكيل بالبيع والشرى لا يجوز أن يعقد
مع أبيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه
منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ
الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه

الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الجارية جاز لأن التوكيل مطلق لكنه
يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري
بمثله الباقي فيمكنه تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري
بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين
البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن أمره أن يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه
فمات في يده من قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له
وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور
وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير
لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت أو عينا ألا ترى أنه لو تبايعا عينا بدين
ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد فصار الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح
التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده ولأبي حنيفة أنها تتعين في الوكالات
ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك العين أو أسقط
بطلت الوكالة وإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بدون أن
يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف
ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت
بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما إذا أمره
بالتصدق لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشرى
على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا **قال** و
من دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها
بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده
إذا كانت تساوي ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة
والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول
للآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية ما تساوي ألفا فيضمن **قال** وإن لم
يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما إذا كانت قيمتها خمسمائة
فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل
في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور **قال** ولو
أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور

الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله البكاية جاز لان التوكيل مطلق لكنه
يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري
بمثله الباقي فيمكنه تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر الف فامره ان يشتري
تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين
ه ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه
مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
بدرج هو لازم للآمر اذا قبضه المامور
رف ما عليه هما ان الدراهم والدنانير
وعينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين
ار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيبيع
ولابي حنيفة انها يتعين في الوكالات
لدين منها ثم استهلك العين او اسقط
لدين من غير من عليه الدين بدون ان
ن على غير المشتري او يكون امر ابقبض
اذا قال اعط ما لي عليك من شئت
في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا
علوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرى
منه لانعقاد البيع تعاطيا **قال** و
جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها
ف فالقول قول المامور ومراده
وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة
فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
ساوي الفا فيتحالفان **قال** وان لم
اما اذا كانت قيمتها خمسمائة
ناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل
وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
ها فتلزم الجارية المامور **قال** ولو
... له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول قول الآمر

مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي
المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد
ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما
وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما عقد بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف
وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر **فصل في التوكيل بشرى نفس العبد**
قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان
قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان
بيع نفس العبد منه اعتاق وشرى العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل و
المامور سفير عنه اذ لا ترجع اليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه
واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان
اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف
شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف
للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثلها ثمنا للعبد فانه في ذمته
حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشرى العبد من غيره حيث لا يشترط
بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو
العاقد اما ههنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى
عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان **قال** ومن
قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا
ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرى نفسه لانه اجنبي عن
ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع
الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر
وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة
والعبد وان كان وكيلا بشرى شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي
مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر
لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا
لنفسه **فصل في البيع** **قال** والوكيل بالبيع والشرى لا يجوز ان يعقد
مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه
منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان الوكيل مطلق ولا تهمة اذ
الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه

لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب الى الرق حقيقة
بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل
عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه
بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن
الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن
المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشرى الفحم والجمد والاضحية بزمان
الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا
المقايضة بيع من وجه شرى من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن
الفاحش او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين
والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه
حتى ان من حلف ان لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع
لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شرى من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما قال والوكيل بالشرى يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة
يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة
فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان
وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراه لنفسه وكذا
الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة
الى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشرى لانه يطلق
العقد قال والذي لا يتغابن فيه الناس ما لا يدخل تحت تقويم المقومين
وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده
لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط
وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند
ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا يرى انه لو باع
الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه
غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان
يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه

جملة

جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع
وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما وان وكله بشرى عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى
باقيه لزم الموكل لان شرى البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان
موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي
قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق
لابي حنيفة رح ان في الشرى يتحقق التهمة على ما مر وفرق آخر ان الامر في
البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرى صادف ملك الغير
فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله
بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي
تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج
وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه
اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا
لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
لا في الرد فيفتقر اليها في الرد لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج
الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك
ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم
الآمر قال فان كان ذلك باقراره لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر
اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او
بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له
ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له
ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد
بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي
عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم
ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في
الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته

بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر
يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق **قال** وان اختلف في ذلك المضارب
ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى
انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا
ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب
المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق
الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما
يتقيد بالاجل المتعارف والوجه قد تقدم **قال** ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه
لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان
وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل
نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع
يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه **فصل** واذا وكل وكيلين فليس
لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي
كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان
مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **قال**
او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء
دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة
المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال
امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه
علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل
فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه و
الناس متفاوتون في الآراء **قال** الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول
له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت
الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي **قال** فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله
بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه
وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فاته رأيه الا ان يبلغه فاجازه وكذا لو باع
غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد

بغيبته

بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان
غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر
الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن
قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة
او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان
الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك النكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية
فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل
القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما **قال** ابو يوسف
ومحمد رح والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي
فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه
موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة
وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام
يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل
بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول رضي بخصومته والقبض غير
الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد
يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك
القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض
على الوضع والفتوى على ان لا يملك **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما
ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا
بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء
الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي
في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله
بالتمليك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور
الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة

والرجوع في الهبة والوكيل بالشرى والقسمة والرد بالعيب وهذا
اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل
الاخذ هناك والوكيل بالشرا لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا وهذا
لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها **قال** و
الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع لانه امين محض
والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له
فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر
الغايب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة
قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام
الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البايع تعاد البينة على البيع وصار
كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا
قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة
على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده
حتى يحضر الغايب استحسانا دون العتق والطلاق **قال** واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان اقر عند غير مجلس القضاء
لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف
رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح
لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة
وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله
بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى
وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا
وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبين
ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن
ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص زيادة
دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك
يقول ابو يوسف رح ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس
القضاء فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة

حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في
مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس
القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار
كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه **قال** ومن
كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه
مبريا لنفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى
ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال
عن العبد كان باطلا لما بيناه **قال** ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض
دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه
خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم
يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء
ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل
فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف
انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره **قال**
الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه
كفالة اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب
المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على
رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه
اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع
حتى يحضر الغايب لان المودى صار حقا للغايب اما ظاهرا او محتملا فصار
كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه
ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه
اقر له بمال الغير بخلاف الدين فلو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا
له ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته

فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق قال فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البايع رضا المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرى فاما الانفاق يتضمن الشرى فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا يفيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله

بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير فان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او الماذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رض وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل رجلا بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكل بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة

حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة
قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء
الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه
منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان
الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل
عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا
عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من
لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق
بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق
الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد
وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال
محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان
المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد
صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه
وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى
وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك
بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف
ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر
ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره احضار العين المدعاة لما قلنا
واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر
قيمتها ليصير المدعى به معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به
وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان
القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في
يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل

فيصار

فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب
الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل معروفا مشهورا يكتفى بذكره
فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر بخلاف
ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط
التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى
عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم
القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه
فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر
فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت
الدعوى سال المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها
لان الاقرار موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة
لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة
فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من
طلبه

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان
اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت
الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الطحاوي
رح قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عم البينة على المدعي واليمين على من
انكر والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك
المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح تقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق

او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن اليمين الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف لان هذا البذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع

وامر المال

وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يلزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل

الا آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما الان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة
على ذلك اضرار به عن معاشه السفر لا ضرر في هذا المقدار ظاهر وكيفية
الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان منكم
حالفا فليحلف بالله او ليذر وتؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك
مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الذي يعلم
من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه
الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة وان شاء
القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله
الذي انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى
لقوله عم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على
موسى عم ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عم
والنصراني نبوة عيسى عم فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة
انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي
والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله
تعالى تعظيمها وما ينبغي ان يعظم والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة بأسرهم
يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك
قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي
حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده
بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله
ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله
ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ

بالهبة

بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه
الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي باين منك الساعة بما ذكرت و
لا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر
السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف
على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن
لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق
في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع
فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه
بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه
آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
فان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى
يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رض وليس
له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه
او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما
البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان
اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن وبينة
المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما
بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع
وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا
البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يتراضيان بالفسخ
فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى

الآخر

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف اخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدا بيمين البائع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبتدئ بيمين البائع لقوله عم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول

قول

قول من ينكر الاجل او الخيار مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة و ابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه و لانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي

ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ
يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى
قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما
اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير
التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء
فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري
برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى
البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه
المشتري وان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلفا يفسخان العقد
في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر
قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبايع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما البينة
فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكره في بيوع الاصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك
عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا
في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم
المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره
والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا
ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان
يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال فيبنى الامر عليها والبايع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال
فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا يقبل بينته ايضا
ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من
قوله ابي يوسف رح قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا
في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا
التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في
حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة

قبل

قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع
قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه
غير المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول
قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض
لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال
السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود
السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال
واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت
تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة
وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان
مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي ح رح ولا يفسخ
النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح
لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ
ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج
لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة
وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها
بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال
العبد الضعيف رح ذكر التحالف ولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان
مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف
فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح
تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه
في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على
هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان
قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها
لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل لان التحالف
في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة

نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع
الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر بوجوب الاجرة
فان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموآجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة الموآجر اولى ان كان الاختلاف
في الاجرة وان كان الاختلاف في المنافع فبينة المستاجر اولى وان كان
فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا
بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان
اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما
وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد
فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد
واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان
اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي
وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد
فيه صفقة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف
المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان
وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ
فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان
كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد
والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف
الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر
شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها
وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول
في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى
منه ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت

الفرقة

الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء
فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم
في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر به والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان
للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا
لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان
كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد
الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا
معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

واذا قال المدعى
عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه
واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه
واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن
شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع
الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب
ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو
كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل و
لا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما
بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق
الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف
ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر
يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا
اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع
الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى
معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه
بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد للوجه الثاني

وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من
جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن
يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اخرجه بنفسه حيث
نسي خصمه او اخرجه شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى
وذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لانه
لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني
او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة
لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق
لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى
الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا
قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درأ للحد عنه شفقة
شفقة عليه واقامة لحسبة الستر عليه فصار كما اذا قال سرقت بخلاف
الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من
فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة بغير بينة
لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال
واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة
قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة
واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتران او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع
فيه وقال اللهم انت الحاكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين
اختصما الى رسول الله عم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان
المطلق للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما
سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن

وقد

وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب
الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما البينة
لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به
بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان اما اذا وقتا فصاحب
الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته
لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار
ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد واقام البينة وقضى بها القاضي
ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح
فلا ينتقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه
ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر
لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما
انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما البينة فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه
تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان
قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه
صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور
استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث
يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف
للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول
تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما ولم توقت
الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون
قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنتقض اليد الثابتة بالشك
وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما
شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما

ولا تاريخ معهما

فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة
مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى
يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح بمعنى قائم في
الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض
لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في
الشائع قال وان ادعى احدهما الشراء وادعت امراته انه تزوجها
عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد
معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء
اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء
اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه
وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن
اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها يثبت الملك والرهن
لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة
وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع
اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وكذا الهبة بشرط العوض وان
اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم
يتلق الاخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب
اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت
لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا
تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم
يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا
ولم يوقت الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على
تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما
تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهم الشراء
من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه

والرابع

والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك
من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال وان
اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا
كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد وعنه
انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم
تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ
متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده
لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
رح الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت
اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ
اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت
في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية
والترجيح بالتيقن كما اذا ادعيا الشراء ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك
مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح
جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما
بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه
اليد فاستويا فترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق
القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده
فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك
المطلق والاخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان البينة على
اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى

بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث
لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضى عليه بالملك المطلق اذا
اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذا
النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في
الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي
وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل
الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل
الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان
اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على الشراء منه
كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه
وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان
ويترك الدار في يد ذي اليد قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل
بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان
القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع
كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا
بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت
البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن
فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع و
القبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من
البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا
قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في

العقار

العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
فبقي على ملكه وان بينا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائز
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين
فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه
بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما
سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد
رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا
بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له
واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي
بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه
المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات
قال ولو كانت الدار في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه
القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته
والنصف الذي هو في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو
في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء
بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد
منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا
وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم
الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده
قال واذا كان العبد في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما
بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها
والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص
بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى

لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يديه لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يديه لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل والآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا يعتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذوعه في رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه

يبقى له

يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي و صححها الجرجاني رح قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما بينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول الشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه متناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة

من وقت البيع ولا اقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري
لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه
واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في
٥ المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه
البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها
تابعة للولد ولم يثبت بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب
فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد
وتستفيد الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية
وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي ح وقالا يرد حصة
الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة
عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها
قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه
يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته
باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر
وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في
ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل
الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فتمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما
كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب و
حق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة
الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة و
الحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض
وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته
من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع
فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة

لا يحتمل

لا يحتمل فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب
الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
ف فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف
ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب
من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال
ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن
ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا لان التوأمين ولدان
بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل
من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع
احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري
لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة
فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين
ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان
هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه
حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر
على محل الولاية قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم
قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه
ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار و
الاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان مما لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه
الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق المشتري فكذبه
البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد
ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب
صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له
على اعتبار تصديقه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد

بردّ المقرله ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلّم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجرّ الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشترى فيبطل به بخلاف النسب على ما مرّ وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حرّ لان الاسلام مرجّح فيستدعى تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبى فى هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفى عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس فى وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادّعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صحّ ان النبى عم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابى حنيفة رح وقد مرّ فى الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبى فى ايديهما فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما اولقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بينى وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقرله فى نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فولد المغرور حرّ بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرّ الاصل فى حق ابيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل فى يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما فى ولد المغرورة

فلهذا

فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شىء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حرّ الاصل فى حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

قال واذا اقرّ الحرّ العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقرّ به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا يرى كيف الزم رسول الله عم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحرّ فى حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح فى الحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهى مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية فى ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبى والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبى ماذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا يدرى قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط علمه به والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة فى المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بيّن المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضى على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علىّ شىء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علىّ حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علىّ مال فالمرجع اليه فى بيانه لانه

248

وهو مجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما
يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو
قال مال عظيم لا يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني
عظيم عند الناس وعند ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه
مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير
فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال
دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه
مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم
الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من
حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الا
الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن
المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر
عددين مبهمين ليس بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد عشر
ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين
بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل
وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو
ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة
واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال
له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ
عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق
لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال العبد الضعيف رح وفي نسخ المختصر في قوله
قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي
قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح

ولو قال

ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده
لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما
ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن
الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى
المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء
كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن اقر بدين مؤجل
فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى
حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم
السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل
لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم
ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس
في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
لا تفسيرا لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق
انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما
يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والكيل
والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على
الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة
اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف
العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا
قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء
وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة
والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع
فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة
خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت قال ومن اقر
لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر بسيف

فله النصل والجفن والحمايل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر له
بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال
غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف فان الثوب يلف فيه وكذا
لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث
يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه
الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس
من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي
اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها
موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين من الاول محملا ولو
قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة
لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد
ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة
لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين
درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده
وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر
يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل
في الطلاق **فصل في الحمل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم
فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه
اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه
كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو
قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال وان
ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد رح يصح لان الاقرار من
الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف
رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا
حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

قال

قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها
صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن اقر بشرط الخيار
بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود
الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل **باب الاستثناء
وما في معناه** قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي
لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي لكن لا بد من الاتصال وسواء
استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه
في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم
الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال علي له
مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي
يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق
في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة
في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافها
اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة
وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما
لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح
قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء
بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني
فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه
كما ذكرناه في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا
جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا
لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا
الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم
والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف
ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه
الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة
دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما

[illegible] بانه قال [illegible]
والارض [illegible]

اذا قال مكان الوصيفة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته
منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ
الالف والا فلا شيء لك قال العبد الضعيف رح هذا على وجوه احدها هذا
وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا
وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي
باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي
ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد
فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي
تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر
واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته
منه ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح
وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره
القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة
بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع فيمتنع
وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا
وقال ابو يوسف ومحمد رح ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق
اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول
المقر له ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه
الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول
له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع
لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا
لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل
لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب
وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار

كما

كما اذا قال في اخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي
الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة
وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا صدق
وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص
وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط
والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق
بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه
وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة ان هذا رجوع لان
يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع
عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه
سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع
يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه
مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار
بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع
لا عيب فطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية
الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل
المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع
والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق
لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة
صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له
في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد
المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف انه لا يصدق
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان
ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق
وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم
يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم

2351

قال الا انه ينقص كذا لم يصدق ان فصل وان وصل صدق لان هذا استثناء
المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول
المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب
معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك
الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال له
اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر
بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون
القول قوله مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب
الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ
والدفع كالاعطاء فان قال قائل الاعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه
فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت
ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها
منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ
لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان
وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان
فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها
عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها
او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاجارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي
هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على الاختلاف
في الصحيح ووجه القياس ما بيناه في الوديعة ووجه الاستحسان وهو
الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء
المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا
له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات
اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة
والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته
ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير

صنعه

صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ
في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واخواتها لانه ذكر الاخذ
في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت
من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر
المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون
بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه
عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى
فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض
او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وهذا وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان
وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول
للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر
وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته
منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط
ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته
بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة
فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين
الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين
ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة
ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض
ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من
التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية
وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق
التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي
الصحة والمرض لان الاول حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا وانما يقدم
المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال
ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا
الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده
لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي

دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين
وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد
ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون
المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته
صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان
لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان
المقر له اولى من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع
تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ ولهذا يقدم في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح
الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه
اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي
وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عم لا وصية
لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين
ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق
لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار
بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر
في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز اقراره وان
احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه
الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث
بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني
ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره
لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه
اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي
اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها
الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب
الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره
لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** ومن اقر بغلام

يولد

يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه
منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد
مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع
ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر
عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج
الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة
والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المراة
بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب
على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او
تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق
وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت
وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها
لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا
لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة
الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال و
من اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب
لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن
له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث
الا ترى ان له ان يوصي لاخ بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه
من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى
لاخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين
لكنه بمنزلتها حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله
لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان
النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت
نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل
النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت

كالمشتري إذا أقر على البايع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن
ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم
فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللآخر خمسون لأن
هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه
أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم
ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة
أضرب صلح مع إقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر
وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عم كل
صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وقال الشافعي
لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل
كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل
آخره أحل حراما بعينه كالخمر أو حرم حلالا بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة
ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه
عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة
لدفع الظلم جائز قال فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما اعتبر في
البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال
بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة في البدلين
إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده
جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه
يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع
يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهي تمليك المنافع بمال والاعتبار
في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة
لأنه إجارة والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين
وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز أن يختلف
حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا
في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت

كونه

كونه عوضا في حقه بالشك قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة
معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال
دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث
يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في
حقه فيلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال وإذا كان
الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك
من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا
وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته
عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له فيبقى العوض في يده
غير مشتمل على غرضه فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد حصته ورجع
بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح
عليه وكان الصلح عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق
بعضه رجع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله
أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه لأن المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف
ما إذا باع منه على الإنكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لأن الإقدام على البيع إقرار منه
بالحق له ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وإن ادعى
حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض
لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض
عند ذلك عن شيء يقابله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة
منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه
فيه أحد أمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه
فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن
دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة
فكذا بالصلح والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها
به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ
أما الأول فلقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما
نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا إذ كل

واحد منهما

مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية
لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو
في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه هو الموجب الاصلي ويجب
مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس
وما دونه وبهذا الخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح
لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة
لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف
في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلانها موجبها المال فيصير بمنزلة
البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز
ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا
صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها
الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو
قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه
لما تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما
على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على
ما تعين قال ولا يجوز في دعوى حد لانه حق الله لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها
لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه
حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق
الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال واذا ادعى رجل
على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى
جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه
وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه
وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال فان ادعت امرأة نكاحا
على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض
نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها

وجه

وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها
فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على
رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا
يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة
لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة
فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له
ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق
ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا
بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا
استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال
ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على
مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة
فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم
المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان
عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى
لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا
على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق
قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو
موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق
اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص
عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه
بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا
انه لا يظهر الفضل **باب التبرع بالصلح والتوكيل به** قال ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه والمال لازم
للموكل وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض

مايدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد
الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل
فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير
امره فهو على اربعة اوجه ان صالحه بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى
عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كا
الفضولي في الخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء
الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك
للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا
او منكرا وكذا اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه
تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال
على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول
مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه
جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان
دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان
الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهته المطلوب فيتوقف على اجازته قال
قال العبد الضعيف رحمه الله ووجه آخر ان يقول صالحتك على هذا الالف او على هذا
العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم
بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم
الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان
لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها و
دفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا
في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم واذا لم يسلم له ما سلم رجع عليه
ببدله **باب الصلح في الدين** وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمس مائة وكمن له على آخر
الف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض
حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه
معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى

وللبعض

وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وصار كانه اجل
نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز
فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة
بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع
الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلا يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق
بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان
له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة
بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة
المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه
الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه
امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل
معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر
الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو
بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة
عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا
بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء
الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح
منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف
والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية
بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف رحمه الله وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت
بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر
على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة
من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة
بالاجماع

او لم يعط لانه اطلق الابراء او لا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا و
لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ
باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا تقع
مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك
فافترقا والرابع قال أدّ الي خمسمائة على انك بري من الفضل ولم يوقت
للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه
اذا لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في
مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم
لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة
او قال اذا اديت او متى اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط
صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد
بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر
لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس
بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به **فصل
في الدين المشترك** واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه
على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك
بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه
ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل
الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق
على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا
بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث
بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب
له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه
لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة الا
ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه
من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم
بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو

المشتري

اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار
قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه
على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض
كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه
في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان
لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى على الغريم له ان يشارك القابض لانه
رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين
كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة
الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي حنيفة يوسف
اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض
ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض و
الاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رح والتزوج
به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين
شريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما
في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة
ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم
فيه صار واجبا بالعقد قائما بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه
في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم
بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق **فصل في التخارج** قال واذا
كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار
او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه
اثر عثمان رض فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها
على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك

القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض
لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك
فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى
يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض
فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح
عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح
دراهم ودنانير ايضا جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع
لكن يشترط فيه التقابض للصرف حال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه
في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرئ الغرماء
منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك
الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه
متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار
نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه
بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام
المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث فان لم يكن مستغرقا
لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا
قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز
قياسا **كتاب المضاربة** المضاربة مشتقة من الضرب في
الارض سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة
للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد
في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع لينتظم مصلحة
الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يباشرونه
فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه

لانه

لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت
ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود
التعدي منه في مال الغير قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين
ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب
الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة
وقد تقدم بيانه حتى لو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز
لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا
اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للامر
فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق
احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد
الشركة قال فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا
هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل
لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح
المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا
في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع والعمل وقد وجد وعن ابي يوسف رح انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في
الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها
ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال ولا بد ان يكون المال
مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل
من الجانب الاخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب
فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير

عاقد

كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاء يده تمنع التسليم الى المضارب وكذا احد
المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل
صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب
والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه
عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من
صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى
ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة
من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر
وعنه عن ابي حنيفة انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول
له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص
عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل
غيره الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه
وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم
فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل
به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن صنيعهم
وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص
له رب المال التصرف في بلد بعينه او سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل
وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من
يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره
قال فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف
بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع
اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد
السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى
في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشرى بها هنا وهو رواية الجامع الصغير

وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشرى يتقرر الضمان
لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما
شرط الشرى للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا الخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة
فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير
السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا
او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له وقال
فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء
للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها
لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري بها من فلان
وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف اذا قال على ان
تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة و
تبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء
ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه
توكيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار
كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على
رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف
مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرى
ما لا يملك بالقبض كشرى الخمر والميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه
بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه
دون المضاربة لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشرى اذا خالف قال وان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق
عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال
المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة
له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبه منهم لملكه
بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة

ولا يملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم كما اذا ورث بعض قريبه
ويسعى العبد في قيمته نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى
فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى
بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم
بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعى موسر فان شاء رب المال
استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام
والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها
تساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هنا فاذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر
الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة
لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث
الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد
غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب وعتق الولد لقيام
ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب
والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد
من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعى الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح و
يستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال
والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا القدر ثم اذا قبض
رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ
لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها
ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت
بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهرت الملك نفذت تلك
الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان
تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هنا بخلاف ضمان
الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع
المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع

ولا يتصرف في المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية
الحسن عن ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا عمل به ضمن ربح
او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو
رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة
بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع و
بعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة
صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر
مثله فلا يثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم
في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن
الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين
هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا
اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول
صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه
الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه
ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله
ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن
نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان
يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال
قال له على ان ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني
مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه
نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه
الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق
الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر

260

على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن كان قال له
على ما رزق الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين
المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه
نصف ما رزق الأول وقد رزق الأول الثلثين فهو بينهما بخلاف الأول
لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء
فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الأول ورب المال نصفان لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك
مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح
الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ما رزق الله فلي نصفه
أو قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه
جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف كله إلى جميع
نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا
بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس
الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه
من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه
فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه
بدرهم ونصف **فصل** وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد
رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد
يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون
للمولى أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من
عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال
لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين فهو
للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة
مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط
العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رح لأن المولى بمنزلة الأجنبي

عنده

عنده على ما عرف **فصل في العزل والقسمة** قال وإذا مات رب المال
أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل
الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب
المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق
بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف
مضاربه عند أبي حنيفة رح لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب
المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى
اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف
على علمه وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك
لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وإنما
ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل إنما لا يعمل
ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فإن عزله
ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس
في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال العبد الضعيف رح وهذا
الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال
دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح
لا يظهر إلا به وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها
قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء
الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له وإن لم يكن في المال ربح لم يلزمه
الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل
رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله
وتوكيله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل
والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع
أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان
على المضارب لأنه أمين وإن كان يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم
هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله لأن

قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء
عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من
راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب
المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس المال فان فضل شيء
كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان
المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني
لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر **فصل فيما يفعله المضارب**
قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع
التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له
الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا
لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة
لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان
الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم
يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رح فلانه يملك
الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن
على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي
يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر
والاصل ان ما يفعله ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من
باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرناه ومن جملة التوكيل بالبيع والشرى
للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار
والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق
العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق
عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه
جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله
اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه الا ان ينص عليه رب المال وهو

مطلق العقد ولا بقوله
اعمل برايك

الاستدانة

الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال
السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة و
لا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار
المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع
من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال و
لا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة
لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة لهما
انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة و
الاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لم يدخل تحت المضاربة
كذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى
رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال
متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا
شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف فيه حقا
للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون
استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا
دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة
على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب
الموضوع واذا لم يصح عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الاول قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق
ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق
من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع
قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق
ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله
فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال

262

المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما
ذكرناه من ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع
يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه
اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن
ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به
فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والى الدواء
بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا
ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب
ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان
العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة
القيمة والثاني لا يوجبها قال وان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او
حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال
فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر فان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين
مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا لو فعله الغاصب ضاع
ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل
برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر** قال فان كان معه الف
بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما
حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون
ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال العبد الضعيف رح
هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له
حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الاخرة
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين
عبدا صار مشتريا بربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام
الالفين واذا ضاع الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع
الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد
على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة
لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه

بالفين ويظهر

ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع راس
المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه اياه بالف فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي
بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين
ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة
لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال
فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ
فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر
بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو
الف بينهما والف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن
المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام
الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف
ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى
القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشرى
فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام
بخلاف ما تقدم قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع
رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما يكون
بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن
مدفوعا اليه قبل الشرى وهلك بعد الشرى حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله
مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع
لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرى فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشرى امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء مرة على ما مر **فصل في الاختلاف**
قال فاذا كان مع المضارب الفان فقال قد دفعت الي الفا وربحت الفا وقال
رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه
الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب

لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار
الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من
جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات
قال ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد
ربح الفا وقال هو فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال
المضارب قرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال
والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط
بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول
لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن فيه يستفاد من جهته والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها
لقوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان
ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه تمتنع الناس عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع
الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك
راضيا فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره
والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه
قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف
الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه
المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد
تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها
فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما

طالبه

طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله
حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها
شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه
صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى
ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى
عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها
ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح لانه لا حق له الا في
الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة
في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق
المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر
القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز والقسمة
ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند
ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه
بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط
الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من
غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم
الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله
فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه
الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا
فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال
الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع
حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ
شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان
طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع

بجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع
ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل
واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف
الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي
يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف
ما اذا كان بحضرته قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة
عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي
ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا
كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده
بالحفظ المتعارف وهو الحفظ بالامصار فصار كالاستحفاظ باجر قلنا
مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر
لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه
عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج
بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا
قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع
اليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير
ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده
وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه
طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم
ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه
ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في
المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
قوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان
له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان يأخذه اذا
ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين

شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ
كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر
وهذا عند ابي حنيفة رح وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى
اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه
كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل
متى اضيف الى ما لا يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل
فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض
لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما
ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا
بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا
تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير واذا نهاه المودع
ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة
دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن
الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط
وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان كان
من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وكان مفيدا فيصح
التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها
البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح به
الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن
الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما
شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه
كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم
والآخر بالقبض فيتخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الآخر لانه ملكه بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الآخر رجع على الاول لانه عامل له فيرجع
عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك

الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك الا ان يستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه
صنع فلا يضمنه كالصبي اذا القت الريح في حجره ثوب غيره قال وان كان في يده
الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له واودعها اياه وابى ان يحلف
لهما فالالف لهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد
صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف
لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر
الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا
لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة
وان نكل اعطاه للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني
ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه
فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني
فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في
الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما
لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي
للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رح في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني
واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما
بنفسه او باختياره بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه
للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من
العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما
لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان
يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع
بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع
فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع
احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض
وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة
ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي
ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من

العرية

العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع
والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة
فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم
اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند
ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تع قال وتصح بقوله اعرتك لانه
صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه يستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة
يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري
لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها
له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه
بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عم المنحة مردودة
والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك
فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت
من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن
استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا
كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن
التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير
لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في
العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر
ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن
ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه ح يكون بتسليط من
المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان
غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه
ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن

المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور عنه
بخلاف ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل
والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا
ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة
والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة
وانما لا يجوز فيما لا يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه
رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف رضي وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني
ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان
خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى
ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل
لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله
ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره
ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع
بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض
والقرض ادناهما فيثبت ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين
فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان
استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة
المسماة وصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلده قال
واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
بقلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلان المنفعة معلومة
تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض
المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان

ووقت

ووقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما قلنا ولكنه يكره لما فيه من
خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور
من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا
للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رح انه
يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء
المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكونان له لانه ملكه قالوا اذا
كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير
صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى
يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين
بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال و
اجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لانه قبضه لمنفعة نفسه
والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان
الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة
للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه
قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان
وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت
ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده الى
دار المالك ولم يسلمه لم يضمن لما بينا ولو رد العين المغصوبة او الوديعة
الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله
وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى
الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري
لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم
ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة
فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه
ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى
به الا ترى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي

يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه وان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رح وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم

كتاب الهبة

قال الهبة عقد مشروع لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم الاهلية للزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد

بقوله

بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه هذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فان القبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب

من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا
مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه
بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في
سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن
لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس
بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان
المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال
وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له
ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو
الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه
قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب
الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن
قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف
ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في
ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها
والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة
تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان
يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد
اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان
في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ
ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا
اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن
اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض
الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه
وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف
لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة
الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت
الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا لتفويض

الاب

الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا
جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها
واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة
الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن
من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم
فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون
التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى
دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق
على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين
او وهبها لهما لم يجز عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل
واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك
بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال
وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض
ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد
والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد
بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما
ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز
ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة
مر على اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر
ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز
اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب
هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع
الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك
والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه
لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها اي ما لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة
فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي
الاستبداد بالرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا

269

او تنزيد زيادة متصلة ولابد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا يمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها الى عائد

وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عم العايد في هبته كالعايد في قيئه وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تنزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان و لا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه فان قال وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شئ منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء اذ بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض

ولم

ولم يسلم له فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاءاو في حصول المقصود خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى فاذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الروية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي رح هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في

بطنها ثم وهبها جازت لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو
دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن بشبيهه
الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة
شيء هو مشغول بملك المالك قال ومن وهب له على ان يردها عليه او على ان
يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد
عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه
الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها
الا ترى ان النبي عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عم
نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في
المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء
غد فهو لك او انت منها بري او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه
او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه
من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه
كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه
يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة
للمعمر له في حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل
داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد
بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى
شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عم اجاز العمرى ورد الرقبى لان معنى الرقبى
عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته
وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما
لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة** قال والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا يجوز في مشاع يحتمل
القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على
الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل
قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن

نذر

نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء و
قد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه
على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسبت تصدق بمثل ما انفق
وقد ذكرناه من قبل **كتاب الاجارات** الاجارة عقد على المنافع
بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود
عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا
جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحته الاثار وهو قوله
عم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه
اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت
مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله
يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى
تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود
عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان
يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن
المبيع وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية
غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى
والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة
اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت
وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة
ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا
يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة
بالتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل
عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون
الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على
العمل كاستيجار الخياط والقصار ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت
قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا
لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي

يجل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد **باب الاجر متى يستحق**
قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط
التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال
الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت
موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من
البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع
على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي
في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت
الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان
المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجرة
وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل
مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده
سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن
من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط
الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في
بعضها ومن استاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه منفعة
مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل
وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان
يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رح
يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح
لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان
المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق
الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة
تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا قال وليس
للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض
غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه
لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق
الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط

من يده

من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق
من غير فعله فله الاجر المسمى لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان
عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة رح
لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون
عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز و
اعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه
اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة
اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج
من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور
ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح
ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع
به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين
منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله
اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد
في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل
التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده
لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا
وله الاجر وسنبين بعد هذا ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين
فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس
العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس
وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق
حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد
احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم
باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة
اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق
الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البايع واذا شرط على الصانع

ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل
في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل
فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا
ليذهب الى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي
فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره
ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد رح له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو
قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب
لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة
اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر
كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في
ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض
وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجد فلانا
ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل
الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رح لان المعقود عليه هناك
قطع المسافة على ما مر **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها** قال
ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها
لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد
وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان
فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب
والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في
مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في
الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق
وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر
للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع
المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت

الجهالة

الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها
او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت
مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية
لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت مدة الاجارة و
الزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن
رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا
ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما
فحينئذ يتملكها بغير رضاه وفي الجامع الصغير واذا انقضت مدة الاجارة وفي
الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز
استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان
اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب
بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل
والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك
اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت
الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان
فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد
غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال وان
سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله
ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو
اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها يحمل عليها قطنا
سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان
الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استاجرها
ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل
لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل
لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر
عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها يحمل عليها مقدارا

من الحنطة تحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما
الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم
الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة واذا كبح الدابة بلجامها او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا
لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا
يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق
بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت
فهو ضامن وكذلك العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها
ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودة
الى يد المالك اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع
مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل
الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا
للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود
وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة
في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار
مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا
يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء
فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة
لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه
ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج
للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان
مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وان استاجر حمالا يحمل له
طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان

عليه

عليه فان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند
ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يضمن بصحة التقييد فانه تقييد مفيد
الا ان الظاهر عدم التفاوت واذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل
فان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في
البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله
الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن
ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررنا ومن دفع الى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب و
ان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق
الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى
على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه
من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص
من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموا فقه
والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة
الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في ساير الاجارات
الفاسدة على ما نبين في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل و
قد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كمن امر بضرب طست من شبه
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا ههنا **باب الاجارة الفاسدة** قال
الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه
عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفي
بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسدة تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في
الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف

البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد
فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة
كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان
الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض
الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمي جملة شهور معلومة جاز
لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح
العقد فيه ولم يكن للمؤاجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر
سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي
ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رح وظاهر الرواية
ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار
الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم
يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار
كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر
ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم
لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور
السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح
وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول
بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه
متى تم الاول بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة ونظيره
العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عم ما رآه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عم احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه
استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب
التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عم ان من السحت
عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج و
كذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم
لا يجوز الاستيجار عليها عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير

لانه

لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرؤوا القران ولا تاكلوا
به وفي اخر ما عهد رسول الله عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا رح استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم
لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه
الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة
المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة و
صورته ان يواجر نصيبا من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع
منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما
اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رح انه اجر ما لا يقدر
على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية
اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن
في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما
للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط
العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وما اذا اجر من شريكه فالكل
يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في
رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس
بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله
تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل كان جاريا في عهد
رسول الله عم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها
للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب و
قيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة
لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف
الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع
بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة

اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجر
للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة
التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة
بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع
الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها
فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة
دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين
قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان
ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه
في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر و
الجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند
الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان
الوطئ حق الزوج ولا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ
الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في
منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا
خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم
الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها
والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في هذا الباب فما جرى به
العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما
الطعام على والد الولد وما ذكر محمد ان الدهن والريحان على الظئر فذلك
من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة من لبن شاة فلا اجر لها لانها
لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع
فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير
في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عم وهو ان يستاجر ثورا ليطحن
له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات
لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض

المنسوج

المنسوج والمحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا
بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار
حاملا طعاما مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا
بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق
تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت
الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة
وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن
استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاجارات هو
جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل الوقت للاستعجال تصحيحا
للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا
عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي
الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد
سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد
مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او
يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى
الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل
شرط هذه صفته من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان
اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه لا يبقى
اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مواجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في
فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب
مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى منفعته و
ليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح

لانه يتبع منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة
ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جايز وعلى هذا اجارة السكنى
بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان
حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا تصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا وصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح و
لان الاجارة جوزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين
فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله
فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع
العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره
لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف
البيع لانه تصرف حكمي فاذا لم يتصور المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من
جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم
بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة
لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف
فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما
فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس
لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا ووجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا
كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل
مضيه او الخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم
ولم يسم ما يحمل المستاجر فان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما
قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا
للفساد اذ الفساد قايم بعد **باب ضمان الاجير** قال الاجراء على ضربين

اجير

اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار
والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل
للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى
مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة
رح وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا
هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من
جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه
كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة
رح ان العين امانة في يده لان القبض حاصل باذنه ولهذا لو هلك
بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في
المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله
الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع
الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون
عليه وقال زفر والشافعي رح لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح
لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل
الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع و
لا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر
فامكن تقييده به وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وانقطاع الحبل من
قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق في
السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع
في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له
وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان

فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه
واما الحمار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع
تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل
باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين
شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما
استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ
دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي
كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من
العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم
وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة
صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان
نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من
عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة
اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة
فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر
فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه
كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

اذا قال
للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا
فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به وكذا اذا
اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين
وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه
الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال
آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين
ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط

ذلك

ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع
يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات
الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان
خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف
درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال
ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان فاسدان لان الخياطة شيء واحد
وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت
وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير
مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق
حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح
الاول ويجب المسمى وتفسد الثانية ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه
هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم لان التسمية
الاولى لا تنعقد في اليوم الثاني فتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان
فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح
لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال
ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين
جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان سكن
حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استأجر
دابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز
ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير
فنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذا الاجر
احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية
والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل
يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما
ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة

الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد والاترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تنعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بعد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به **باب اجارة العبد** قال ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمه الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجرة فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة فاذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في امر يحتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه **باب الاختلاف** واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط

بل

بل قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكنه يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع بل باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح باب الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق **باب فسخ الاجارة** قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المواجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا رح من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد رح ان الاجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد

عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة
او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى
الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي
والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط
الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود
عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم
ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع
الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب
فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة
فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤاجر بعد مضي
بعض المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تنفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع
ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في
موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن
استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له
طعاما للوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر
زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله
وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها
الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على
موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد
لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى
قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل
على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل
القبض في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل
مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء

لظهور

لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة
فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل
وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار
ومن اجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما
يفوته الاسترباح وانه امر زائد قال واذا استاجر الخياط غلاما فافلس
وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات
مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي
يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس
فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه
ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل للصرف في ناحية وهذا
بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر
حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا
العامل شخصان فامكنهما العمل ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع
من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما
انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه
استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض
اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر
في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت
مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد
الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان
هذه شركة الوجوه في الحقيقة وهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا
يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه

280

الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه
من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير
الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضا ومن استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل
منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق
فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا
كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز
فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين
الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط
اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان
لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان
يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه و
لا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها
الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد رض ويعتق باداءه وان لم يقل
المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز
مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه
اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت
ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به
فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على
لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على
المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال
كما امتنع من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل
الشرى والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول و
التصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة
اذن الصبي في التجارة وهذا الخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشرى

لان

لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره
لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها
الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت
فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا
اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي
سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ
ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت
الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده
فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه
او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرى والخروج
الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد
معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره
لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه
عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه
الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته
لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة و
هو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع
البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية
لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه
ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى
بالعقد

فصل في المكاتبة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر
او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد
واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت
الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو
موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال وان ادى الخمر عتق و
قال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف
رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه
هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا

مال ان اديته فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب
على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين
الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه
وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة فليست بمال
اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص
عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في
البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة
كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه
على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد
فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق
باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه
لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق
بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رح رواه الحسن انه يجوز حتى
لو ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على
التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود
عليها والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن
محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي
حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
بينهما انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء
منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه
وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه يجب تسليم عينه
وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه

مال

مالا ولو ملكه المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا ادى
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي
فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف وعنه انه
يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتب على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه
الروايتين في كفاية المنتهي قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى
اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
رح هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل
منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما
انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا
فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان
يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه
يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف
فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل
فيه وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة مال بغير مال او بمال
لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على
خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة
الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب
عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث
يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح في الكتابة في الجملة فانه لو
كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على
القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم
العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما

حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق
وقد بيناه من قبل **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله** قال ويجوز
للمكاتب البيع والشرى والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا
وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده و
هو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشرى من هذا القبيل وكذا السفر
لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع
بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة واحدة
ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا
لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في
صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع
والنكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط
عليه خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا
هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك
وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق
لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة
فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس
وسيلة ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا
بالشئ اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان
الشئ اليسير من ضرورات التجارة لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع
الجاهزون ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل
لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه
بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من
توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان
زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت
العقد وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر و
الشافعي رح لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على
مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة
وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد

وصول

وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما
هو ثابت له فان ادى الثاني قبل عتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه
نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى
مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو
ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا
والولاء لا ينتقل عن المعتق فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد
من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال
او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين
في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف
تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب
والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب في ما ذكرنا لانهما يملكان الاكتساب
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية
نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شئ من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح و
قال ابو يوسف رح له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض
والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما
ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب
وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة
لانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من
اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة
بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان
اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا
يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة
في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي
لغيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت

بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في
الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل
ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول
الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عم اعتقها ولدها فان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول
ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح وله ان القياس ان يجوز
بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد
بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد
له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له لان
كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه وكذا اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها
متوكدا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج امته من
عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها
لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب
باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد
ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزوج وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر
في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية اولاده ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا
لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر
باجماع الصحابة رض وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة
ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق
به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق
وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق
المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها
لانه لولا الشرى لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل

الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية شرى فاسدا ثم وطئها فردها اخذ
بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد الماذون له لانه من باب التجارة فان
التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن
ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت
المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت
عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل
واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت وما له من الملك يكفي
لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من
مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي و
تركت مالا يؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى
الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد
لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه
بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها
الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه
تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها
بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق
عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت
الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه يسلم لها الاكساب والاولاد
لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد
لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى
عتقت بالكتابة لانها باقية قال فان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة
ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق فان مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال
محمد تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار
والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار

لما ثبت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها

تلقاها

اما الخيار فوجه تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها
جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين
فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رح انه قابل البدل
بالكل فقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته
الا ترى لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا
يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل
مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل
صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية
الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع
الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدم
الكتابة وهي المسئلة تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق
عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بيننا ولها الخيار
ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة
او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في
هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بيننا
قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط
بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه
والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر
رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة
في حقه قال وان كان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس
بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه
الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به
فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا

من وجه

من وجه دون وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد
من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده
على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي ح
وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله
لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا
خالع المريض امرأته على الف درهم الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل
ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة
متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل
فلا يتعلق بالبدل ونظيره هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة
وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث
بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف
الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في
قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما و
الله اعلم **باب من يكاتب عن العبد** قال واذا كاتب الحر عن عبد
بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة
المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت
اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل
العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو
لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط
والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في
تعليق عتقه باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم
الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل
لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر للمولى
غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد
كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة
استحسانا وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها وتتوقف في حق

الالف حالا او يرد رقيقا ح

الغايب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا
الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى
عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على
هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه
اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما
ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى اخلاص
الرهن وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان
الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر فيه وليس للمولى
ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب ولم يقبل فليس
ذلك بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير
قبول الغائب فلا تتغير بقبوله لكن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه
لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال واذا كاتبت الامة
عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه
ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض
بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب
بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة
الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض
البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل
المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي
فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك
بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها
فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما

ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه صح

ادعى

ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان
المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة
المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم
اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد
للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن لشريكه نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية
مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة
المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب
منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه
وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول
ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد للاول لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة
لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة فيما وراءه بخلاف
التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال
الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالاخر وطئ
ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه
لا يجب عليه الحد للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى
الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك
ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى
وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر
لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى
الاول لظهور اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة
فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن
الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه

في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد
بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الكاتب بين اثنين وكلفن دبرها ثم عجزت بطل
التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها
قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطئ فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب
لانه يعتمد الغرور على ما تر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها الوطئه جارية
مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة
والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا و
وجهه ما بينا قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا
لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب
فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرهما كما هو مسئلة تجزي الاعتاق
وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة
رح لان الاعتاق لما كان تجزي عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لا يتجزي
يعتق الكل فله ان يضمنه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان
معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان
العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعي العبد
وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن
المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير
يتجزي عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر
فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق
فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه
لانه يتجزي عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان
الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب
ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام

واشاله

واشاله والاعتاق وتوابعه والفايت البيع فيسقط الثلث واذا
ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا
غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما ولا كان للاخر الخيارات
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعي وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما
فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزي عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن
وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزي فعتق كله فلم
يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا
ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار عندهما باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى قال واذا
عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقتضيه او مال يقدم
لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلثة
هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه
وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعجزه
حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجلا وحالة الوجوب بحلول
نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا اولى المدة ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا
لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن
راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منهما لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا
والاثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم
فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجزه
فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر
فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم
تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز
المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب

لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه
وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة
وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي
فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة
ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان
المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه
لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده
يستند لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو
الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند
ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الاخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحقوق
بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى
للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك
ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا
مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق
ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه
فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل
له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا قال رض وهذا عند ابي حنيفة
رح اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع
انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه
ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم تضف
اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه يسعى في نجومه
فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في اخر
جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عنه وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان

الولد

الولد لو كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص
واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات
المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب و
القضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في
الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا
فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد
فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا يكون تعجيزا قال وما ادى المكاتب من
الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه
صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث
بريرة رض هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي
لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا
اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى
فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا
عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث
في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك
للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من
المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى و
قد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب
جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء
الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب
ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز
فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي رح

ويخرج وقد رجع اليه ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان يحز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة قايم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده و احتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة فلا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى لانه اذا اعتقه الورثة ابرأ عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او اداء في المكاتب لا في البعض ولا في الكل ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر رسول الله عم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال عم ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عم الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد لان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت فجعل النبي عم المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره

لاطلاق

لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سايبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد قال ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه على ما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل من موالي الام الى موالي الاب لان العتق هاهنا في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسب الى موالي الام كان لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا قال في الجامع

الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم
على موالى الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا
بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ماذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء
الاولاد الى نفسه لما بيّنا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم
حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه
مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا
الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج
من العجم بمعتقة العرب فولدت له اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابى حنيفة
رح قال العبد الضعيف وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه
لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا
لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر فى حق الاحكام حتى
اعتبرت الكفاءة فيه والنسب فى حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف
بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة فى حكم الكفاءة
والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال العبد الضعيف الخلاف
فى مطلق المعتقة والوضع فى معتقة العرب وقع اتفاقا وفى الجامع الصغير
نبطى كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت اولادا
قال ابو حنيفة ومحمد رح مواليهم موالى امهم وقال ابو يوسف رح موالى
ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب وصار كالمولود
بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما ان الولاء الموالاة اضعف حتى
يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى
ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا
والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عم للذى اشترى
عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك
فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
وورث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة
يقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن على رض فان كان للمعتق عصبة

من

من النسب فهو اولى بالميراث لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله
عليه ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث عصبة بدليل الحديث الثانى
فتاخر عن العصبة دون ذوى الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله
اذا لم يكن صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقى بعد فرضه لانه عصبة
على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
التناصر على ما مر والعصبة يأخذ ما بقى فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه
لبنى المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق
من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن
النبى عم وفى آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت
المالكية والقوة فى المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها
من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش
وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث
المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابى حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ
عند ابى حنيفة لانه اقرب فى العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من
قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه
بنى ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بنى الابن لان الولاء للكبر هو
المروى عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلى وابن مسعود وغيرهم رضى
الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبى اقرب

فصل فى ولاء الموالاة

قال واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه و
يعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعى
الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث
آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصى وارث
لحق بيت المال وانما يصح فى الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت
ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية فى الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام

عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا
يشير الى العقل والارث فى الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث
يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق الا انه مستحق قال
وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوى
الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من
شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى
عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه
لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم
الا انه يشترط فى هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما فى عزل الوكيل قصدا
بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمى
بمنزلة العزل الحكمى فى الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه
لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضى ولانه بمنزلة عوض ناله
كالعوض فى الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد
منهما ان يتحول لانهم فى حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة
ان يوالى احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا
لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك
انما يكون من القادر والسلطان وغيره عنده تحقق القدرة سيان والذى
قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة
لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان ولم يكن القدرة فى زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع
ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى اليه
من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شرى سلعة او على ان يقر
لرجل بالف او على ان يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد
او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء
فسخ ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضى قال الله تعالى

الا ان

الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالى به بالنظر
الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه
يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة
الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم
مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على
الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو
التراضى فصار كساير الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى
لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة
كما فى ساير البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو
الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع وان
تداولته الايدى ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البياعات الفاسدة
لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحا
اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى قال رض ومن
جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشترى
من غيره لان الفساد لفوت الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا
مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما فى البيع الموقوف وكذا اذا سلم
طايعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره
على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد على
ما هو الاصل فدخل الدفع فى الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه
مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما فى يده لفساد العقد
قال وان هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير مكره ضمن قيمته للبايع معناه
والبايع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان
شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البايع الى المشترى
فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على

المشتري بالقيمة لقيامه مقام البايع وان ضمن المشتري نفذ كل شرى
كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه
ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز
المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه
وهو المانع فعاد الكل الى الجواز **فصل** وان اكره على ان ياكل الميتة او
يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره
بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان
يقدم على ما اكره عليه وكذا على الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة
الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على
ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه
فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة
فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم
بالحاصل بعد الثنيا فلا حرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله
او بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك
اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد
اولى واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان
اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي
حيث ابتلي به وقد قال له النبي عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان
فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي
الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل
ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول
الله عم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة
باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال

فان

فان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه
ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد
تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح
آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه
ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا
قال العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على
المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر
ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره و
بهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب
الى القتل منه وللتسبيب في هذا الحكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص
ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم و
اضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له
وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل
مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم
كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره
عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه
بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه
موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى
الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد
بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان
على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان
اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق
والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد

العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا
لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه
لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا يطالب به في الدنيا فلا يطالب
به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ
وكذا الرجعة والايلاء والفيء باللسان لانه يصح مع الهزل والخلع من
جانبه يمين او طلاق لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها
لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان كان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد
عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يلزمه الحد قال واذا اكره على
الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان
قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة
بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي
مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي
بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف
الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام
في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى
اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء
كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر
طائعا باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت
ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ
بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة
للصليب وسب محمد عم ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا
آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عم وقد
خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي عم بانت ديانة وقضاء لما مر وقد
قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال الاسباب
الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه
ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال
اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية
حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به

غير

غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه
بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يترقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال
ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء
اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق
المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد
ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون
قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه
الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع
اما الشرى فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما
في شرى الفضولي وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه
وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال لا في الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا
ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من
شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون
لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عم
كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة و
لا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي
على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي
على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ
في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او
كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية
وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه
مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ
طلاقه لما روينا ولقوله عم لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه
عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ

السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما
لا غرض له فيه ولا مصلحة وقالا وهو قول الشافعي يحجر على السفيه
ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في
حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم
هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة
رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب
ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا
يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل
والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى
بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة
ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة
باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد
لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد واذا حجر القاضي
عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى
وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه
بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى
قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك
ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ
خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ
خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع
اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع
السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة رح ان منع المال
عنه بطريق التاديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير
جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار
اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع
ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه
لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول

من

من يرى الحجر عليه فعندهما الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا
لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف
قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة
فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل الحجر جاز عند
ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر
والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ
محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند
الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الحجر وما لا فلا
لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله
فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده
ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده
شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته
لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده
برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو
وجب انما يجب حقا للمعتق والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر
بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته
وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج
الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد
وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات
سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة
الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره اذا ادعى
المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال واذا تزوج امراة
جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى

والعتق بعد التدبير يوجب السعاية
لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه
دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان
يسعى في قيمته مدبرا الوفاية الدين
فان مات السفيه بعد هذه الدعوة
كانت الجارية حرة لا سبيل لاحد
عليها وان مات مدبونا

كما مهرا جازت منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل
لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف
في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع
نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال ويخرج الزكوة من مال السفيه
لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته وعلى من يجب عليه نفقته
من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي
الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان
القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها
عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع
الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما
اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر عن يمينه وظهاره
بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا
الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد حجة الاسلام
لم يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي
النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفق عليه في طريق الحج كيلا يتلفها
في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من
القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع
بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن
عمر لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله
والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا
في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا
والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له
وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الاية وقد اونس منه نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه
فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا

وهو

وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له **فصل في حد البلوغ** قال بلوغ الغلام بالاحتلام
والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة
سنة عند ابي حنيفة رح وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان
لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا
تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة
وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن
في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية
لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال
وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك
في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن
فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى
حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس
وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث
نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالها على
الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق
الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا
اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت
ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار
اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع
حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى
يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى
لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر
للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء

295

والمنع لحقهم فلا يمنع قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه
بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه
حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة
قلنا التلجية موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره
من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الداين
وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله
دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للداين حق الاخذ من غير
رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد
ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا والقياس
ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا
وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب
عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود وسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع
مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي
لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس قال وان
اقر في حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق
الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان
حقهم لا يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى
زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق
الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت
في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد
كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي
من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال
له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه

ان كان له

ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف
فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على
قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكن وطئها لا يمنع
منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من البيع
والتصرف والسفر لقوله عم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص
لاستواء حقوقهم وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه
الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت
العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده لا يتحقق القضاء
بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق
الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا
البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها
اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس
وليس له حق الحبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على
باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو
اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه
ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ
يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها
لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها
قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب
المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح لا يحجر القاضي على المشتري
بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن
فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه
عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فصار كالسلم ولنا ان
الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد
فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني

الدين ويقبض العين يتحقق بينهما مبادلة فهذا هو الحقيقة فيجب اعتبار
الآذن موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي العين حكم
الدين

كتاب المأذون

قال الاذن الاعلام لغة وفي الشرع
فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر عن
التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته
او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه
ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت
حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده
يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق
بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا
او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن
مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا
اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في ساير التجارات
ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده و
وجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من
انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع واشترى بالغبن اليسير فهو
جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما
يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من
ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهليته
نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته
يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان
الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان
كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا
فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان
يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن
لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل
الارض مزارعة لان في ذلك تحصيل الربح ويشتري طعاما ويزرعه

في ارضه

في ارضه لانه يقصد به الربح قال ع م الزارع يتاجر به وله ان يشارك شركة
عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر
نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على
منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه
الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه
يحبس فلا يحصل به مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر بها ويحصل به المقصود
وهو الربح فيملكها قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في
جميعها وقال زفر والشافعي رح لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى
هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة
من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون
العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا
انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد
فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره
فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى
كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه
المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام
ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا
لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد
الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال
ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن
بشرى ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع قال واقرار المأذون
بالديون والغصوب جائز وكذا بالودايع لان الاقرار من توابع التجارة
اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم
دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها
فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة
ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب

والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة
اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة
الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان على مذهب ابي حنيفة المولى قد
ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل
في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق
اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض
وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام
او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب
المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت
ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه
المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به
بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر لتضرر به
المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان يتصدق من منزل زوجها بالشيء
اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله
ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف ما اذا حط من غير
عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ذلك من صنيع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه
متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر و
الشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض
المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له
وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين
تحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية و
استهلاك الرقبة بالجناية لا تعلق بالاذن ولنا ان الواجب
في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء
كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان
سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعليق الدين برقبته

استيفاء

استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر
في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة
فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء
وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله
في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناه كالبيع والشرى
والاجارة والاستيجار وضمان الغصب والودائع والامانات اذا جحدها
وما يجب من العقر بوطئ المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى
الشرى فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم
بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به
بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا
كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة
لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا
يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له
وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل
الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة
فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره فيما بين اهل سوقه
لانه لو انحجر لتضرر الناس لتأخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه
جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته يحضر من اكثر اهل
سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور
عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد
ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر
به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما
يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا
العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن
او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم و
ما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل

فلابد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت و
الجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته
قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى
ماذونا لان الاباق لاينافي ابتداء الاذن فكذا لاينافي البقاء و
صار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا
على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة
معتبرة بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب متبرا قال
واذا ولدت الماذون لها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رح هو يعتبر البقاء
بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر
عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها
ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع
وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي ماذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت
بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميها ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في ام الولد واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز
فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة
لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي بما في يده وقال ابو يوسف
ومحمد رح لايجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد
زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار
كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من
غيره ولهذا لايصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو
اليد ولهذا لايصح اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره
دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان
يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه
لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت
بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع واذا لزمه
ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه

عبدا

لان الانتزاع من يد الغاصب مح

عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه
قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك اعتاقه ووطئ الجارية الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف
الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده
عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله
ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه
فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق في تفريعه واذا نفذ عندهما
يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا
بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما ظاهر وكذا عنده لانه لايعرى
عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لايمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه
قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع
المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لايجوز عنده لان حق بقية
الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان
باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء
نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه
ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم
وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين
التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في
البيع مع المولى للتهمة غير متبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لايجوز اصلا عندهما
ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لاتجوز من العبد
الماذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي
وهو آذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا ان

الغرماء على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز
البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة
في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف
تتبع الفائدة فان سلمه اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق
المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين
ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه
يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده
حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا
كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان
يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض
البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا
اعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق
والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته
وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان فان كان اقل
من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق
المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن
شيئا قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا
المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان
يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاءوا اجازوا البيع
واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق
كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى
ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال
وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

قال

قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد
منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم
الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم اذا حضر الشفيع
فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل قولهما في مسئلة
الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون
الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان
فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار
دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب
حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على
الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة
لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه
فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا
اذن ولي الصبي في التجارة فهو في البيع والشرى كالعبد المأذون اذا
كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره
لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك
حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة
الى تنفيذه منه اما البيع والشرى يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان
التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه
على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية
لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء

المولى

المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الاذن والبيع والشرى دائر بين النفع والضرر
فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر
الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي
والولي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط
ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد
المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه
لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهليته نفسه عبدا كان او صبيا
فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في
العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية
كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزوج عبده ولا الكتابة كما في العبد و
المعتوه الذي لا يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبي يصير مأذونا
باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

قال الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير
على سبيل التغليب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان
استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط
ثم ان كان مع العلم فحكمه الماثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه
حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال
ومن غصب شيئا مما له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا
لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعات الجنس
والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته
يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له
فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب

المثل

المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا
لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي
فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه
مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة
لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا
للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب
مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له
وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى
ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان
اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب
اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا
لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد
العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه
الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها
لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس
الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته
يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا
فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقق اثبات
اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل
واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه
فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك
لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك

عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود
ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود
تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم
جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا انقل ترابه لانه فعل في
العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب
دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف
في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان
لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر
الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب
بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب
والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل ويحول وهذا لان
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز
عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم
الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في
ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد القيمة بخلاف تراجع السعر اذا
رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء
وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما
في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه
يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة
فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض وهذا عندهما ايضا
وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار
لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك
لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل
بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين
بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه

يباح له

يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في
يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء
الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره
لانه يحتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما
ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى
بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا
عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة
وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت
الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الى ما قبل التصرف
لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما
يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق
اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت
لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا
رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء
وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتعين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل
الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها
او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال
الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند
الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه
وهو احق به من الغرماء بعد موته وللشافعي ان العين باق فيبقى

على ملكه ويتبعه الصفة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة
فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما
عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكا
من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في
الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعل
سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة
بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول
المذكورة ويتفرع عليها غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع بها
يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن
وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان
قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها
الاسارى افاد الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع
للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب
فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة
لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك
صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط
حقه وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة
فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح يباح الانتفاع فيها
قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام
العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده
خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها
دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة
رح فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها
لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صيّر حق المالك هالكا من وجه الا ترى
انه لو كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات
والشركات والمضروبات يصلح لذلك وله ان العين باق ومعناه الاصلي

بات

من كل وجه الا ترى ان الاسم باق

الثمنية

الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره
وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة
فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال و
من غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه
ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه
الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او
ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر
انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة
ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال و
من ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها و
سلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها
ضى هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت الاغراض
من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش
في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها
للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا
ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله
عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا بحيث تبطل عامة منافعه فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه احرقه
قال رح ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه
النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض
المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة
ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء
من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رح جعل في الاصل قطع
الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب

303

ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردّها لقوله عم
ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض
لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها لا بد للملك من سبب
فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان
كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء
والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظر الهما ودفع الضرر عنهما وقوله
قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه
اذ لا قرار له فيقوّم الارض بدون الشجر والبناء وتقوّم وبها شجر
او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلتّه بسمن فصاحبه
بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه
للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما
وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التميز ممكن
بخلاف السمن في السويق لان التميز متعذر ولنا ما بينا ان فيه
رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل
بخلاف الساحة يبنى فيها لان النقض بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن
الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة
وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمة ابيض وصاحب الصبغ
بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه
تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب
بنفسه فقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من
ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي
فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة
كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد
فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف

في غير

في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب
يزيد فيه الحمرة فان كان الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم
لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وقال الشافعي رح لا يملكها لان
الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه
ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا
للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة
قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول
المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة
قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة
اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه
تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان
شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي
الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او
دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه
والخيار لفوت الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب
دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب
قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد
الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها
مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة متصلة
كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه
ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا

فازول الغصب

وبيد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت
ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه
يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او
ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك
قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود
المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رح ولو
اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب على الدال
والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق
الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه
عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد
ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او
ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجرة
غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب
ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت
الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي
اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة
ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان
القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة
سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح
والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن
الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده (الغاصب)
ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع

فولدت

فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البايع بالثمن
وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك
فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في
يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها
لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل
الشري الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا
سبب لجلد مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب
قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله
فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في
المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر
المثل وان عطلها لا شئ عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن
بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها
في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا
لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
وقد عرفت هذه المأخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل
تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان
اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي انه لا يضمنهما للذمي ايضا
وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له
انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع
لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان
التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن
امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام
واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه
بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا
انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع

عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين
لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربوا لانه
مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما
ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
فان متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال
غصب من مسلم خمرا فخللها ٢ فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل ٢ او جلد ميتة ح
بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد
بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى
الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه
اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب
كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ
ع الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن
الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا و
يعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل
فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله
لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى
كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك و
يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه
يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته
عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقوله
يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فيطرح
عنه ذلك القدر ويوجد منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد
له عليه وله ان التقوم حصل بصبغ الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله
مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب

الرد

الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك
لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان
التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه
قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا
تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على
هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل
الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير
مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول
وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه وصار
الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند
ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى
ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن
الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل
في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في
دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رح ان صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما
على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس
باستهلاك وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه
لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك
لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه
الاول لما بيناه ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ
رح اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد بيناها في كفاية المنتهي

لان اتصاله اقوى في البقعة واحدة ثم لابد ان يكون الطريق والشرب
خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص
ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجري فيه
السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن
ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة
وما زاد على ذلك فهو عام فان سكة غير نافذة يتشعب منها سكة
غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها
الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل
السكتين والمعنى ما ذكرنا في ادب القاضي ولو كان نهر صغير
يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال
ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير
شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة
تكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء
فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك
وقال الشافعي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد
والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم
استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال
تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته
ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل
ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم
حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة
مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض
غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب
فان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر
ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر
بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي

بالكل

بالكل قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها
الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب
البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في
حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري
يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك
رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم
بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي
او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات
الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او
بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لها
لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية لانعدام
الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال
بالمال على ما بيناه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم
حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عم
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في
اوسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة
المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان
في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان
التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول
ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول
حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها
وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك

على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد
والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها
او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم
يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل
عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا الخلاف في المخيرة اذا اخبرت
عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم
فيه والعدالة غير معتبرة في الخصومة والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه
محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على
طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشرى فيحتاج بعد ذلك الى طلب
الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من
المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم
الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت
شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم لان للاول اليد وللثاني
الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم
البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له
ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى [هذه الدار صح] وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن
فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة و
التمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يسقط الشفعة
بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وقال
محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رح معناه
اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس
من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد
انه لو لم تسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه

التصرف

التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه
عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل
بما اذا كان غايبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم
انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه
لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع
الى القاضي فادعى الشرى وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر
محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي يسأل القاضي المدعي قبل
ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها
فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف ف
اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله
الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به
معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف
على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى
عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة
لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف
المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار الشفعة
من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا
الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على
البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن
وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه

الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
فكذا لا يشترط احضاره فاذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري
ان يحبس حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه
فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن
بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة
عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه
في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة
حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بها للشفيع
فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث
لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لم يبق له يد ولا ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في
حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه
ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع
لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه ويصير كانه المشتري منه ولهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف
ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه بالقبض
لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله قال ومن
اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى
الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان
الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع
الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل
فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع
وكيلا الغائب فللشفيع ان ياخذها منه ان كانت في يده لانه عاقد
وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا
قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها
عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ

بالشفعة على البائع
ويجعل العهدة عليه
لان الملك للمشتري واليد
للبائع والقاضي يقضي بهما

بالشفعة

بالشفعة بمنزلة الشري الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه
الخيار ان كما في الشري ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه **فصل
في الاختلاف** قال واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي
عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان
قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانه اكثر اثباتا فصار
كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل
كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف
البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج ببينة الوكيل لانه
كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد
واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك
القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الا ههنالك الا بفسخ
الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع
اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا
عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة
به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط
يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التمليك على البائع
بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ
الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما
نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا
يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن
اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما

استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي
بقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن
غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها
الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة
به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد
عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول
وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار
الثمن **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال واذا حط البايع عن المشتري
بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط
عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع
لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن
الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري
البايع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع
لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة
اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان
ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض
اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل
او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع
اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر
الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع
عقارا بعقار اخذها الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو
من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال واذا باع بثمن موجل فللشفيع
الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل
ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر رح له
ذلك وهو قول الشافعي رح في القديم لان كونه موجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف
ولنا ان الاجل انما ثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع
او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع

لتفاوت

لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري
ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما اذا اشترى
شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا
ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما
بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن
موجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع
فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا وان
اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ومراده الصبر عن الاخذ
اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي ح
ومحمد خلافا لابي يوسف رح في قوله الآخر لان حق الشفعة انما ثبت
بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي
الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي
دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان
هذا البيع يقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي
والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة
قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق
بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف
قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو
اسلم الذي اخذها بنصف الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد
حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع
بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** قال واذا بنى
المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه
وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان ياخذها بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح الا ان عنده
له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه
على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار

كالموهوب له والمشترى شرى فاسدا وكما اذا زرع المشترى فانه
لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين
بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق
به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشترى
لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته
بخلاف الهبة وبخلاف الشرى الفاسد عند ابى حنيفة رح لانه حصل
بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة
كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه
بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع
فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه
بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه
ولا على المشترى ان اخذها منه وعن ابى يوسف رح انه يرجع لانه
متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشترى والفرق على ما هو المشهور
ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا
تسليط في حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت
الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر
مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف
ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت
بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله قال وان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ
العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف والاول
لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه
صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر
اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من

غير

من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس
بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه
الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار
وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس
في النخيل ثمر فاثمر في يد المشترى يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا
لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال فان جذه المشترى
ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه
المشترى سقط حصته قال وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع
فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان
الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله
شيء من الثمن **باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب** قال الشفعة
واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة
فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمونة القسمة وهذا
لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عم الشفعة في كل شيء عقار او ربع
الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببه الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم
وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن
لقوله عم لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن
ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك
في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض
نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخيل اذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو
حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم
يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم
والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب
وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى
والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا
او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة

لانه امكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشتري
صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في دار يتزوج الرجل عليها
او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن
دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة
المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة
فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب فيها الشفعة
لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى
فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده
الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد
الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتوق
غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب
ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه
بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها
بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان
ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا
يجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع
فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه
ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلات
المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها
بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رض هكذا ذكر في
اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها
لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه
وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه
وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار
لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية
اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع
ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال

قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع
انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا
لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض
مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها
فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه
يمنع زوال الملك عن البايع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
المانع عن الزوال الملك عنده لك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة
لانه لا يمنع زوال الملك عن البايع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على
ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار
للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت
دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البايع فظاهر لبقاء
ملكه في التي يشفع بها وكذا ان كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها
حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل
بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها
دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن
ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال
ملك البايع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت
بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز
بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به
تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال وان سقط الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فله
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك
له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا
باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذة بالشفعة على ملكه
وان استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت
لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها
بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا قسم الشركاء العقار

313

فلا شفعة لجارهم بالقسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر
والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا
فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او
بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة
لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد
في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع
ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان
بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا يقع
الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة
انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في
الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع
وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض
انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس
ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال
وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق
الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد
اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما
بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط
الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في
الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا
مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي عنه معناه

اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي
قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف
في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره
ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه
للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه
وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى
المشتري بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه
ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به
قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشرى المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع
الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال
ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع
فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى
او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض
ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البايع وهو الشفيع
فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له
الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف
جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها
بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة
او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم
لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع
به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب
بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب
فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها
الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة
لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل

ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت
الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان
التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شرى النصف فسلم ثم ظهر شرى
الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه
لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي
الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب
منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن
ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع
جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة
ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن
ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن
هو العوض عن الدار قال رضـ وهذه اخرى تعم الجوار والشركة فيباع
باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة
يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه
ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف
فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
رح وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا
الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد
ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال
واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم
وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه
الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا
يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد
القبض لانه سقطت يد البايع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان
الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا

تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم
فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم
القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان
له نفع فيه بعود العهدة على البايع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف
ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو
تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري
في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال
حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي
يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله
عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع
فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشرى
وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه
يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رح هو على شفعته
اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم
يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية
كتاب الوكالة لهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان
ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به
ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي
صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون
النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه فسكوتهما
كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت
باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع
لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ ولا يملك
التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي ح انه لا يصح

التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف **كتاب القسمة** قال القسمة
في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عم باشرها في المغانم و
المواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة
لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة و
افرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت
حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ
نصيبه حال غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه
مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على
القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب
القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش
التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال و
ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم
بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث
انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة
نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم
قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على
المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم
بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس
وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة
لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن
الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم
واحد معناه لا يجبرهم على ان استاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه
لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز

الا اذا

الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه
ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجرة غالية بتواكلهم و
عند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر
قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر
الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان و
حفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل
بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل و
قد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف
حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل
وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا
حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته
وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب
القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه
قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا
لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه
قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على
الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها
ينفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان
قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد
لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره
كما في الوارث والوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف
المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه
ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف
المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة

قضاء على الغير قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم
لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان
واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسم حتى يقيما البينة انها
لهما لاحتمال ان تكون لغيرهم ثم قيل هو قول ابي حنيفة رح خاصة وقيل قول
الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك
تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما
البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث
غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب
الغايب وكذا لو كان مكان الغايب صبي يقسم وينصب وصيا
يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغايب والصغير فلا بد من اقامة البينة في هذه
الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين
لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد
بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث فانتصب احدهما خصما
عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة
المتخاصمين اما الملك الثابت بالشرى ملك مبتداء ولهذا لا يرد بالعيب
على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغايب فوضح الفرق وان
كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان
في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغايب
والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس
بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق
في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها وهو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من
حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما
ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر
كبيرا وصغيرا نصب القاضي على الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة
وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة
واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت
والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه

بعد

بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم** قال واذا كان
كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة
حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان
ينتفع احدهما والاخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير
قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه
والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص رح على قلب هذا لان صاحب
الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما
طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور
في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها
الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز
بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر
قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس
يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم
الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي
كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم
شاة وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة
التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف
ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا
بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب
اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب
لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز قال ابو حنيفة رح لا يقسم
الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما
في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات
لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني
آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها او قسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية

فاقتسم قالوا اما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا تقسم كاللآلي
واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة
الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او يا قوتة
او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على
القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحا الا ان يتراضى الشركاء وكذا
الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب
منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا
واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول
ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى
هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما
وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد
ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو
المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب
الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا
لا يجوز التوكيل بشرى دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما
هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان
في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي
تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان
في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رح انه تقسم
احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد
قال فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على
حدة لاختلاف الجنس قال رضي جعل الدار والحانوت جنسين وكذا
ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان
او تبتني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله

يسويه

يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز كل
نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
البعض تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام
ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج
القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني
والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها
اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه
مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب
بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة
الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك
الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة
في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل
في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها
لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكنه اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة
رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل
الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق
ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة
بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل الا لها وهذا يوافق رواية الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم
مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف
الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر
لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة
لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستانف بخلاف البيع حيث لا
لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر

لانه قال يقسم الدار بذراعه ولا يجعل احدهما على الاخر فضل كذا في بعض الشروح اكمل

الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز
والتميز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن
تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف
البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل
لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي
الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والتعلق
على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث
يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق
بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم
الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان
لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء
الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان
الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان
كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاوت جائزة بالتراضي قال
وان كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا يعتبر بغير ذلك قال رضي هذا عند محمد رح وقال
ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذراع لمحمد رح ان السفل يصلح لما
لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك
فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع
هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن
والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما
في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من
علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهما
على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف
معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو

بضعف

بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء
السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى والعلو لا غير اذ لا يمكنه البناء على
علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من
السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان
فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر
على اصله ولمحمد رح ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما
فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر
الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة
مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل
لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة
وستون وثلثان ومعه ثلثه وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت
مائة ذراع فيساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع
من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان
علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد
ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير
قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة
ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد
القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رح لا يقبل وهو قول ابي يوسف اولا رح
وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف رح قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي
وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن
علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان
فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما
انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل
الشهادة عليه وقال الطحاوي رح اذا اقتسما باجر لا تقبل شهادتهما
بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء عمل

بالاجر لا تقبل الشهادة فيه

استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول
هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على
ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول
الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا تقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا
والله اعلم **باب دعوى الغلط** في القسمة والاستحقاق فيها
قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ولا يصدق الا بحجة فان لم يقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان
على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه
اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول
قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني
الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل
له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا في احكام
التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى
الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا
كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد
بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما
بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة
البينة لما قلنا وان اقاما البينة تؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة
الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض
تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة
قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع والله اعلم **فصل**
قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تنفسخ القسمة

عند

عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح
تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض
بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق
بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين
لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل تفسخ
بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان
مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح لابي يوسف
رح ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين وهذا
لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه
فوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين ولهما
ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب
احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان
النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف الآخر بينهما لا شركة
لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر
يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف
الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا
وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر
الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على
صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع
اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق
النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره
ببيع البعض وعند ابي يوسف رح ما في يد صاحبه بينهما نصفان
فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة ينقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة فيضمن نصف صاحبه قال ولو وقعت القسمة

بقيمة

ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه وقوع الملك للوارث
وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة
ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء
حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين
محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة
تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض
اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا **فصل**
في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع
على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع
في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة
لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض
لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا
في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها
وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة
والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا
لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة
شرط ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في
عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت
الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان
والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان
في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل
وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين
على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا
الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة

لايقسم

لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه
يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت
بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة
في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا
في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه
عندهما وظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقيل لا يجبر عنده اعتبارا
بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا
وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتيهما لان
بيع بعض احدهما ببعض الاخرى جائز وجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز
المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان
وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ
في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز
في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز
ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت
في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب
التغير فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في
نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل فيما وقع عليه التهايؤ
حاصل وهو المنافع فلا يضره تفاوت زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ
على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل
غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز التهايؤ في العبدين عندهما
اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق
اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ

ذا الخدمة تجوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقايسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما
بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا
على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها
وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع
حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار
معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله
اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث
والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا
جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع
ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في
تحصيلها فلم يتحقق الشركة وله ما روي انه عم نهى عن المخابرة وهي
المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز
الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو
جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر
مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب
الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج
في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان
الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على
قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود
لا يحصل بدونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد

وهو

وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان
المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها
ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب
من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما
وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب
الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد
لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد
شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن
بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه
ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر لواحد جازت المزارعة
لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط
وان كانت الارض لواحد والبقر والعمل والبذر لواحد جازت لانه استيجار
الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة
وان كان الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر جاز لانه استيجار
على العمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته
او طيانا ليطين بمجره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر
فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز
ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار
كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض
لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية
يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة
لها بخلاف جانب العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة
العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما
والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد
به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند
الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية
اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض
ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة

الا على مدة معلومة لما بيّنا وان يكون الخارج بينهما شايعا تحقيقا لمعنى
الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به ينقطع الشركة
لان الارض عساها لا تخرج الا هذا المقدار وصار كاشتراط دراهم
معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره
والباقي يكون بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين
او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج
والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض
عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما
لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة
لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من
ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن
وللآخر الحب لانه لعله لا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب
لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما
هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه
لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخ بلخ رح التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت
لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه
شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف
ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال
واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق
الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان
البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط

لانه

لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل
العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل
يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع
بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض
والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق
رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان
النماء حصل من ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ بذره واخذ
قدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج
من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض
طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع
صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر
يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس
من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد
لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به المزارعة قال ولو امتنع
رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل
الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل
لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا
بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات ولو كان دفعها ثلاث سنين فلما
نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك في
يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض
المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى
مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه
ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان
شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض

فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما
كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو
انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم
يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من
الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو
ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع
لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد
والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد
لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل
في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل
حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته
والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن
هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق
احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه
ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه
في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد
وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه
الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقال ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب
الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا
ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما
بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بيناه قال وكذلك اجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت المزارعة وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرناه من
الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يحصد بل هو عام في جميع

المزارعات

المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود
فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرطا
في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد
كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا
شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار
مشايخ بلخ رح قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح
في ديارنا والحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في
ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك
الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك
كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق
لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك
ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم
العرف فيه ولو ارادا قصل القصيل وجذ التمر بسرا والتقاط
الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل والجذاذ
بسرا فصار كما بعد الادراك **كتاب المساقاة** قال ابو حنيفة
رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا هي جايزة اذا ذكر مدة معلومة
وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار
والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جايزة
ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة
اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا
الشركة في الربح دون البذر بان شرطا رفعه من راس الخارج تفسد
فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع
الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه
اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع
على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت
فيدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا
بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة

بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء
بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت
بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا
او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة يفسد المعاملة
لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت
المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بيناه في المزارعة اذ شرط
جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر
فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا
مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لم نتيقن بفوات
المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد
وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة
المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان
الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل
واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رح في الجديد لا يجوز الا في
الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا
ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في
الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون
معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر
لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل
بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال فان
دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت
لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك
لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة
فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة
اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد

بيناه

بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه
كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل
الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين
ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ
فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم و
قد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا
عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه
بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا
جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي
وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في
الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر
فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر
لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا
عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
العمل عليه وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها
قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر
فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف
والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه
فيفسخ ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه
استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل
ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احديهما ان يشترط
العمل بيده فيكون عذرا من جهته قال ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل
سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الشجر والارض بين رب
الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا
قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة
غراسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض

غصن النخل او القصب بالشركة يسرق

ما يخرج من علو وهو نصف البستان فيفسد وتتجدد الغراس لاتصالها
بالارض فتجب قيمتها واجر مثله لانه لابد من قيمة الغراس لتتقوم
بنفسها وتخريجها على طريق الاختصار في كفاية المنتهى وهذا
اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة
لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت
به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها ينبئ عنها ومنه
قوله عم ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة
واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن
والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول و
هذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه
فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه
ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة
المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم ويحل اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل
لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة
القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
ينتظم الكتابي الذمي والحربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما
مر قال ولا يوكل ذبيحة المجوسي لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت
الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما
انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد
الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح من الصيد في الحرم
والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال
والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة
بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل
مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا ذبيحة لا يحرم على المحرم قال
وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا يوكل وان تركها ناسيا

اكل

اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا يوكل في الوجهين
والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي
رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر رض انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم
انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ
رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى
القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عم المسلم
يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت
شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله وهو
قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي والنهي للتحريم والاجماع و
هو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عم قال في
آخره فلا تاكل انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك
التسمية ومالك رح يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير
مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف
في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد
ولا عذر له وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في الذكاة الاختيارية
شرط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي
على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة وفي الثاني
فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها
بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الصيد وسمى واصاب غيره حل وكذا
في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل
ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله
شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل
احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما
قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن

الذبح واتعالى الا انه يكره لوجود القران صورة فتصور بصورة المحرم
والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او يقول بسم الله ومحمد رسول الله
بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا
عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا باس به لما روى عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ والشرط هو الذكر
الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو
قال عند الذبح اللهم اغفرلى لا يحل لانه دعاء وسوال ولو قال الحمد لله او
سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل
في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال الذبح بين
الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عم الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق
فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرى والودجان لقوله
عم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرى
والودجين وهو حجة على الشافعي رح في الاكتفاء بالحلقوم والمرى الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا
يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان
قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا
قول ابي يوسف رح وحده وفي الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم
ونصف الاوداج قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية
فيه والحاصل ان عند ابي ح رح اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه
كان ابو يوسف رح يقول اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه

لانفصاله

لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها
ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب
احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرى
فانه مجرى العلف والماء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واى ثلاث قطعها فقد
قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوجيه في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام
ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا
لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا
حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح
ميتة لقوله عم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما
مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه
محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة
فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف
غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه
استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان
قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم
والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير
على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول
في الحل لا باس به ويقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته
لقوله عم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عم انه رأى رجلا اضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل
ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك
ويؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق
ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روينا عن النبي عم انه نهى عن ان

ان ينخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه
حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من الاضطراب و
كل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة وهي منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج
اليه في الذكاة مكروه ويكره ما يجرّ ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان
ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده
لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم
قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال يؤكل ذبيحته قال فان
ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت
بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها
ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت
بما هو ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح
وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما
يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه
الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة
الاختيار لما بيّنا وقال مالك رح لا تحل بذكاة الاضطرار في الوجهين
لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى
البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما
توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها
العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها
في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن
انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل اكله قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب
في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب فلموافقة
السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة
لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله
مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا
ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر

والحسن

والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه
اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء
من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها
ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام و
يعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى تتصور حيوته بعد
موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق
باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو
المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو
ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق والله اعلم **فصل** فيما يحل اكله و
ما لا يحل ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور
لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من
السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل
مختطف منتهب جارح قاتل عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم
كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع و
الثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب
فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث
لانهما يأكلان الجيف قال ولا بأس باكل غراب الزرع لانه يأكل الحب وليس
من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة رح لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن
ابي يوسف رح انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع
والضب والزنبور والسلحفات والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا
واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته
عن اكله وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته والزنبور من الموذيات
والسلحفات من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء

وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل
لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رض ان النبي عم نهى عن
لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رض ان النبي عم اهدر المتعة وحرم
لحم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو
قول مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد رح والشافعي رح لا بأس
باكله لحديث جابر رض انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل
من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها
ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في
الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث
خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم و
قيل عنده كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به اذ ليس
في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس باكل الارنب لان النبي عم اكل منه
حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه
وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما فالآدمي لحرمته وكرامته
والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكاة لا تؤثر في جميع
ذلك لانها تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع
بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات اللحم والجلد فاذا زالت
طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي
اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع
في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل
قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه
ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال و
لا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة رحمهم الله
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب
والانسان وعن الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل

والسبع

والسبع واحلالهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عم في
البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء
اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله
تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول
الله عم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان و
الصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل
والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى
عن ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه
وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عم
انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا
وعن جماعة من الصحابة رض مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته
مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا بأس باكل الجريث والمار
ماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان
يقطع الآخذ رأسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي
رض عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال يحل كله
وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك
اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا
انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ وان مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي
وينسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل
يقف عليها المتبحر منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي
لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت
بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على
كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد رح وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف
رح وعنه انها سنة ذكره في الجامع وهو قول الشافعي رح وذكر
الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح

سنة مؤكدة وهكذا ذكره بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عم
من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق
بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على
المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة
ووجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل
هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها
يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى
الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة والله اعلم
فيما روي ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام
في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية
لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا
وباليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر
وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها تختص به وسنبين
مقداره ان شاء الله تعالى قال ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على
ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو
ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه
وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان
لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه
صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي
من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر
وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى
بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه
ان يأكل كله والاصح انه يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما
ينتفع به بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بدنة او بقرة
عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي

القربة

وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال
نحرنا مع رسول الله عم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص
في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره
محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية
اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من السبعة
ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عم على كل اهل بيت
في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه قيم اهل البيت لان اليسار له
يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون
ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا
بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة
معه اجزأه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه اعدها
للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان
انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد
امكن لان بالشرى للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك
قبل الشرى ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي
حنيفة رح انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بيناه قال وليس على الفقير
والمسافر اضحية لما بيناه وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة و
لا اضحية قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا
انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل
السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عم ان اول نسكنا
في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من
عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير لاحتمال

الشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة
قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في
المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري
اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها
تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل
اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع
الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة
اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم
وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال وهي
جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح
ثلثة ايام بعده لقوله عم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي
عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها
اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار
تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان
فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا المعارض ويجوز الذبح في
لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة
وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها
تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها يفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها
في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي
ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا
وقد اشترى للتضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة
اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشرى
بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له
عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية
قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك

ولا العجفاء

ولا العجفاء لقوله عم لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال
ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا
العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه
فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير
عنه ان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه
وان كان اكثر لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع
لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عم في حديث
الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر
من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث رح وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح فقال قولي هو
قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من
قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة
بعد ان لا تعلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا
رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف
قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان
ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحى بالجماء
وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما
قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عم ضحى بكبشين املحين موجوئين
قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد
ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص
واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع الاكثر

الا ان الاذن لا يجوز فعدم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشرى ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان
كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني
بالشرع ابتداء لا بالشرى فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية التضحية
فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير
ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر
ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها
اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته
ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف
رح لانه حصل بمقدمات الذبح **قال** والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها
عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عم ولا من الصحابة رض
قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي
لقوله عم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان
وقال عم نعمت الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث
لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له
ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر
والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس
سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة
يضحى بالولد **قال** واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم
قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة
نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق ان البقرة
تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا يرى ان النبي عم
ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس
من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى

في حق

في حق القربة لم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح لانه تبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها
عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بيناه انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير اذن الورثة فكان قربة **قال** ويأكل من لحم الاضحية ويطعم
الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا
منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان
لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام
لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا **قال** ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة يستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان
يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا
لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل
والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ولو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا
ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله
وقوله عم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع
فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار منها
لقوله عم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز
صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والافضل ان
يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل
ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه
لقوله عم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك
باول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو
قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الزكوة فالقربة

اقيمت بانابته وبنيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الزكاة
فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر
اجزأه عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية
غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن بقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس
وهو قول زفر رح وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس
انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه
الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها
في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون
اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن
اقامتها بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما
اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها
بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت
او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الزورق
وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في
الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه
الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة
الكتاب اذا ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رح
بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه
من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل
كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا
فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة
لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما اذا باع اضحيته وهذا لان
التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان
الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه
ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم

يثبت

يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا
في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد
فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل في الاكل والشرب**
قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف رح
ومحمد رح لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف رح انه لا باس بها للتداوي
وقد بيناه بهذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبايح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب
في انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عم في الذي يشرب في اناء
الذهب والفضة فلم يقبله وقال نهانا عنه النبي عم واذا ثبت هذا في الشرب
فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين و
تنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم
ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل والشرب بملعقة
الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة
والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا باس باستعمال انية الرصاص والزجاج و
البلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في
التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة
ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج
موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد يروى مع قول ابي حنيفة
وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما و
اذا جعل ذلك في السيف والمسجد وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا
او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا
وكذلك الثوب فيه كتابة بالذهب والفضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص
فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة
رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم
في الثوب ومسمار الذهب في الفص ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما

333

فاشتريه لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه
اكله فان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن
عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة
وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا
كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل
في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي
والجارية لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم
استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في
السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت
جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق
بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا ويقبل في
المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه
الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا
شرطا زايدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات فلا يكثر
وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيه زيادة شرط فلا يقبل
الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس
له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا
الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة
ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل
قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق
سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا
كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات
ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر
مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى
فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به وان اراق الماء ثم تيمم
كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة
اما التحري فمجرد ظن وان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به لترجح جانب
الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء

لما قلنا

لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات
ذكرناها في كفاية المنتهي ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او
غناء فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة
فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة فقد
عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة
واجبة الاقامة وان حضرتها النياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر
يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد
لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن
ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة
لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعا فلا تقعد مع القوم الظالمين
وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق
الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي
كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت
لان الابتلاء بالمحرم يكون والله اعلم **فصل في اللبس** قال لا يحل للرجال
لبس الحرير والديباج ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير و
الديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء لحديث
اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين منهم علي رض
ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على
ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار
ثلث اصابع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عم نهى عن لبس الحرير
الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان
يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح وانما
ذكره القدوري وغيره من المشايخ رح وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم
حرام وقال عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عم جلس على مرفقة حرير
وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رض مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس
مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا
على ما عرف قال ولا باس بلبس الديباج والحرير في الحرب عندهما لما روي

الشعبي رض ان النبي عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين
العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما روينا والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو لحمته الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمخلوط
لا يستباح الا الضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس
ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز لان الصحابة كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان
الثوب انما يصير ثوبا بالنسج بالنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى
وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين البطانة والظهارة
ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره
في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج اغنت عن الذهب اذ هما من
جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا يختم
الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى
رسول الله عم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رايحة الاصنام ورأى
على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس
من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل
الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب
على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب
ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر
بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان
لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي او السلطان لحاجته الى الختم فاما
غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه ولا باس بمسمار الذهب
يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له
ولا يشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل واحد منهما
لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن

فامره

فامره النبي عم ان يتخذ انفا من الذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم
والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب
على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها ويكره
الخرقة التي تحمل ويمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان
عن تكبر فصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه
او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب
قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقد روي ان النبي عم امر بعض الصحابة بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من
الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل في الوطي والنظر واللمس** قال
ولا ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا ما ظهر منها قال علي رض وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان
في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال
اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى
قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح
انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو منها عادة وان كان لا يامن
الشهوة ولا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن
امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف
لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا
شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس
وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى
اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها
لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض كان يدخل على بعض القبائل
التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجايز وعبد الله بن الزبير رض استأجر

السباع ويجوز الترصيد وكانت تعفر رجليه وتغلي رأسه وكذا اذا كان شيخا
يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها
لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح
مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان
يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف
ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف
حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه
يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض
منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس
اسهل فان لم تقدر يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر
الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل
لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف
رح لانه امارة المرض وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى
ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى
يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله
ابو عصمة والشافعي رح والركبة عورة خلافا لما قال الشافعي رح
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رح معتمدا فيه
العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رض ان النبي عم
قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رض سرته فقبلها ابو هريرة
رض وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى
عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم في الركبة
اخف في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه
برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج ويباح النظر

للرجل

للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء ويجوز للمرأة ان تنظر
من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل و
المرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى
من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت
في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة
لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق
اعتبارا واذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك
اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا
فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى
من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر
اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى
الرجل وكذا الضرورة قد تحققت في الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة
رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال
يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح وينظر
الرجل من امته وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى ساير بدنها عن
شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك و
امرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان
الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله
فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان
لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى
اللذة وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين
والعضدين ولا ينظر الى بطنها وفخذها وظهرها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في
الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعين والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض
يدخل على البعض بغير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها
عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز

المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح
لما بيناه قال ولا بأس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة
الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف الاجنبية وكفيها
حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان
يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان
تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب
ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر المرأة فوق ثلثة
ايام ولياليها الا ان يكون معها زوجها الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها
بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب
والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون
ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خاف على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا
فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها فان لم يجد الثياب يدفع
الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر
اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب
مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق
محارمه الاقارب وكان عمر رض اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق
عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها
خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه
لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمال الحاجة في الاماء
ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد
قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال
اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال
ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا
ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا
اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشرى يباح

النظر

النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في
ازار واحد معناه بلغت وفي هذا لما بيناه ان الظهر والبطن منها عورة و
عن محمد انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في
ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل
لقول عائشة رض الخصي مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع
وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل
فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا
الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم لدخوله عليها من غير
استيذان وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان
الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج
والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم سورة
النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل
عن زوجته الا باذنها لانه عم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى
امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة و
تحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره
فقد ذكرناه في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره** قال ومن اشترى جارية
فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على
المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو
الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة
الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب
على المشتري لا على البائع لان العلة على الحقيقة ارادة الوطي والمشتري
هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار
الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد

فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال
الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة
بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الحكم على السبب دون الحكمة لبطونها
فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزى بالحيضة التي
اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء قبل القبض او غيره من
اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض
خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق
السبب وكذا لا يجتزى بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان
كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد
قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص
فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة و
يجتزى بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان
كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد
السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمة لمانع
كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة
او المواجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد
وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها
في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي
لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل
ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل
الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى
الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه
ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها
في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على
ما بيناه والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر
بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت
في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود

بالبدل

بالبدل كما في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او
ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن
ابي حنيفة رح قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما
اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة فيما
اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت
فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق
به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلقها الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء
وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير
قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى
يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل
ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة
بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا
فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناه لقصور
مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض
قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما و
لا يقبلها ولا يمسها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين
المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا تعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز
الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة
الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو
وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما
وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بيناه الا ان يملك
فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا
وقوله او بملك اراد به ملك اليمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره

وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة
الوطئ بذلك كله ورهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى
لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج
احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطئ الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه
لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما
حل له وطئ الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطئ الاخرى لا بوطئ
الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل ويده او شيئا منه او يعانقه وذكر
الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل
والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل
بين عينيه ولهما ما روي انه عم نهى عن المكاعمة وهي المعانقة وعن
وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس به بالاجماع وهو الصحيح قال و
لا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم من صافح اخاه المسلم
وحرك يده تناثرت ذنوبه والله اعلم

فصل في البيع

قال ولا بأس
ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع
السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ
ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الارض لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل
للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو
المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم جارية
انها لرجل فرأى آخر يبيعها فقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان
يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات
مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او
وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة
واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة
على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض بشيء من ذلك
لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب

اليد

اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او شرائها منه والمخبر ثقة قبل قوله
وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب
اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك
الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها
وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض
ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل
ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى له ان يكون
في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة
لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك
فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل ذلك قوله وان لم يكن
ثقة يعتبر اكبر الرأي فان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد
من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها
ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه
ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج
لان القاطع طارئ فلا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت
عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي
وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها
الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع
طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين
تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك
من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه
اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده
فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج
انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع
طارئ والاقدام على الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا
وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها
في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل
لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا

باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه
وان كان البايع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد
بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري
فلا يحل له اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه متقوم في حق الذمي
فملكه البايع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهايم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر
فلا باس به والاصل فيه قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه
تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر
عليهم فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم
يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي
على هذا التفصيل لان النبي عم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا
هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان
كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود
المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت
يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما
لقول النبي عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله
منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل
وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في الاثم بين ان يتربص العزة وبين
ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم
وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن
احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه
خالص حقه ولم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذا له
ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق
بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا
وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة

بالجلب

بالجلب منه الى المصر لانه لا يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر
على الناس لقوله عم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولان الثمن حق العاقد واليه تقديره فلا ينبغي للامام ان
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى
القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على
اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه
وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام
يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق الناس الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي و
البصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي
وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون
الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على
البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف
عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر
لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة
معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه
في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل
ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم
انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه
بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به و
هذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه بشيء من ذلك لانه اعانة على
المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد
التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع
نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعاير الاسلام فيها
بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل
الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها
ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة

وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في الخمر
عشرا حاملها والمحمول اليه ولنا ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل
مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول
على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة
ويكره بيع اراضيها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس ببيع اراضيها ايضا
وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها
فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عم مكة حرام لا يباع رباعها ولا يورث
ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر
صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر ارض مكة
فكانما اكل الربا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد النبي عم من
احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند
بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان
ياخذ منه ما شاء حالا فحالا لان النبي عم نهى عن قرض جر نفعا وينبغي ان
يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض
حتى لو هلك لا شيء على الآخذ **مسائل متفرقة** قال ويكره التعشير و
النقط في المصحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن ويروى
جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل
بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا
لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا
قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد و
تزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة
المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد
للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه
عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام
فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف في مسجده
وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد
والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت

عادتهم

عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس بخصاء
البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس
وقد صح ان النبي عم ركب البغلة ولو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما
فيه من فتح بابه قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع
بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عم عاد يهوديا مرض
بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمعقد العز من
عرشك وللمسالة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثاني
لانه من القعود وكذا الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث
والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه
ابو الليث لانه ماثور عن النبي عم روي انه كان من دعائه اللهم اني
اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم
وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط
في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك لانه لا حق
للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر
وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان
لم يقامر فهو عبث ولهو قال عم لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه
لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس
اباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو
محكي عن الشافعي ولنا قوله عم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس
يده في دم خنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات
فيكون حراما لقوله عم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط
عدالته وان لم يقامر لا يسقط لانه متأول فيه ولم يكره ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به باسا ليشغلهم
عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه نوع تبرع والعبد ليس من اهله وجه
الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة
وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد

وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا تجد الناس بدا منها ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على
اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه
الهبة والصدقة له واصل ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع
هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال
القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والام والعم و
الملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به
الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع
محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ
والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا
للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز
للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
ذلك للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط
والعم فلو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من
العمل لان ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور
يواجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية و
يروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد
بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان
يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد
تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان
التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال
والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء
بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه عم بعث عتاب بن اسيد
رضي الله عنه الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر
بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه

استيجار

استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان
فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به
اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل
الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة
للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع
زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية
وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة
وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج
خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل
استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة
بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا باس ان تسافر
الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر و
المس بمنزلة المحارم على ما ذكرناه من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان
امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان
مملوكا في الاسلام الا انه لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف
انسان في اقصى العامر وصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال هكذا ذكره
القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان
لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا
فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة
المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن
القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية
لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق
اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر
وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام
ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عم من
احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت اليه يده فيملكه كما في
الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه

وما رواه يحتمل انه اذنٌ لقوم لا نصب لشرع ولانه مال مغنوم لوصوله الى
يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن
الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على
المسلم لا يجوز الا اذا اسقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على
اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان
الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان
الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط
الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق
الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال
ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث
العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير
ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به
لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه
ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد فيه من زمان يرجع فيه الى
وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث
سنين لان ما دونها من الساعات والشهور والايام لا يفي بذلك واذا لم
يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة واما اذا احيا
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر
بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك
او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب
عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا
او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد
انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون

تحجيرا

تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او
سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق
غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن
حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون
ذراعا لقوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته
ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي
رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها قال وان كانت للناضح فحريمها ستون
ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عم حريم
العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح
ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشا
وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من
الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم
لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه
وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن
بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر
فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما
روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيها الماء ومن حوض يجتمع الماء فيه ومن موضع يجري
منه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو
المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في
اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل
الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه
والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به
فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاول للاول ان

حقيقة او دلالة صح

حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنا صح

او باذنه صح

يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الكناس به قيل ان يأخذه بكبسه لان ازالة
جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها
وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا
هو الصحيح ذكره في كتاب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان
وما عطب في الاول فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا اذا كان بغير اذن الامام عندهما والعذر لابي حنيفة انه يجعل الحفر
تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب
في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني
بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد
في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون الجانب الاول لسبق ملك
الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد انه بمنزلة البئر
في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر
في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجر يغرس في ارض موات له
حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد
فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك
الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة
الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر
لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال
ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على
ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة
بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده
وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى
مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه
على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر
لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء
ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق
الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم

استحقاق

استحقاقه ينعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره وان كانت
مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى لاستوائهما
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما
هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في ايديهما والمصراع الآخر
معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه
والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء
انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء النهر
فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر
لا ملكه كالحائط لرجل والآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان في ملكه
وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة والآخر خلف المسناة ارض تلزق بها
وليست المسناة في يد واحد منهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا لصاحب
النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس
لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان
لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهي من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب
الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف
وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده
وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب
وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصل في
مسائل الشرب فصل في المياه** واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس
له ان يمنع من ذلك شيئا من الشفة والشفة هو الشرب لبني آدم
والبهائم اعلم ان المياه انواع اربعة منها ماء البحار ولكل واحد من الناس
فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من
ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على
اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات
للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا
ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك

احد لذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة
فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحا
عليه لان شق النهر للرحا كالشق للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم
فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في ثلث في الماء
والكلاء والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول وبقي
الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه
كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان
لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع
عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع قال واذا اراد رجل ان يسقي
بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه
حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب
والرابع الماء المحرز في الاواني صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره
كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو
ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان
يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب
من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان
تعطيه الشفة او يتركه يأخذه بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفرها في ارض مملوكة له
اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا
والحفر لاحياء حق مشترك فلا ينقطع الشركة في الشفة ولو منعه
من ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك
بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا
الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله
بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له
والشفة اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد
من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنعه لان

الابل

الابل لا يردها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب
وقيل له ان يمنع اعتبارا بالسقي للمزارع والمشاجر والجامع تفويت
حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان
الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد
ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه
ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان
يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب
بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب
النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة
فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة
كالماء المحرز في انائه **فصل في كري الانهار** الانهار ثلثة نهر غير مملوك
لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه
تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص
والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم و
يصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس
على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني
فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على
الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر
بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا
ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق
يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث
وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني
وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على
الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم

ولا يجب لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك
عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان
لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه
وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى
فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما
يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي
عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا
جاوز الكرى ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا
لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم
اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه** قال وتصح دعوى
الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يباع
الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه
ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله
فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او
الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين
قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة
والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر
لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا
على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل
منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس
النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب
عليه رحاما او الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك
بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضوعا في ارض

صاحبها

صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه
من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية
نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم
بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان
يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض
ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه
وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم
النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع
منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه
او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة
الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع فهو العادة فلم يكن فيه تغيير
موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام
ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة
في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة
بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء
فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق
شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به
على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض
الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء
قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا
في دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد
الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض
الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم
النهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى قد تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق
لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته بعده لانه
اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث
ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك
حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن

اذا سقى من شرب غيره فاذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح
تسمية في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من
الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك
بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض
كما في حال حياته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الارض لا شرب لها
فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف
التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت
ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى ثمن الارض
والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها
فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن
عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة سميت بها

وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب
اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو
الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب
اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان
ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو
المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر
لقوله عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر
ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر
استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي
خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان
النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثالث في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي
ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف
بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في
الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه
اذ به يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد

والكفار

والكفار المستحل حرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل
الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه
رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم
حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص
الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف ساير المطعومات
ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى ساير المسكرات والشافعي
يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية
الاسم والتعدية في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة
غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه
يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في
حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها
فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عم ان الذي حرم شربها حرم بيعها
واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون
ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او هو امانة على حسب ما اختلفوا
فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب
يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع اقتراب والثامن ان
يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان
حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره
ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت
الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد وهذا هو الكلام في الخمر واما العصير
اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد

وتقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو
قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ
مطرب ولهذا يجتمع الفساق عليه فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به
واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام
مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا و
رزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة
مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام اذا اشتد وغلا ويأتي فيه خلاف الاوزاعي وقد بيناه المعنى
من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية
وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها و
يضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها
لا مثلها على ما عرف فلا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين
وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا
هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان
ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة
ولا يحد شاربها عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة
النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه
اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر كما في ساير الاشربة المحرمة وقال فيه
ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ
عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول
مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ
يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يتحمض ووجهه ان بقاءه الى هذه
المدة من غير ان يتحمض دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك

مروي

مروي عن ابن عباس رضه وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة على
الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره
وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا
الشرط ايضا قال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه
انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي على ما نذكره
قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر
شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا
لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عم
نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة
والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير
لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته
وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف
ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرناه
الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة
انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
كاجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه
لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير
العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال مالك ومحمد والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به
التقوي اما اذا قصد به التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما
وعنه انه كره ذلك وعنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عم كل مسكر
خمر وقوله عم ما اسكر الجرة كثيره وقليله حرام ويروى عنه صلى الله عليه وسلم

واما السكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون
حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها
والسكر من كل شراب وخص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة
ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه
لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فيبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه
ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذى يصب عليه الماء
بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان
صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ
حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون
الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة
في رواية عن ابى حنيفة وفي رواية عنه انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في
الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان
يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب
ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع
فيه تمرا او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من
مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ
قدح من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم
للاحتياط وهو في الحد في درءه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد
حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال
ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عم
في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر
عن النهى عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء
عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابى يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة
وهى مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابى يوسف يملاء ماء مرة

بعد اخرى

بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر
حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها
وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل
بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل
به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب
ينافيه ولنا قوله عم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف
المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة
والتغذى به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل
بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذى نقص منه الخمر
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على
ما قالوا قال ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر
والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبر دابة ولا
ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه للدواب

وكذا لا يسقيها ح — نسخة صح

وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قادت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة
ولو القى الدردى في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه
لما قلنا قال ولا يحد شاربه اى شارب الدردى ان لم يسكر وقال الشافعي
يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثرته لما في
الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد
فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب
الحد لعدم الشرب وهو السبب لو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها
بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه
بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثيه
ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب
دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

لان الذي يذهب بدا هو العصير او ماؤه بما زجه وايما كان جعل كأن العصير
تسعة فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل
الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب
الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان
معا يغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء
وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد
ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون
دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث
العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار
فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير
اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه ثم يطبخ البقية حتى يذهب
الثلث فالسبيل فيه ان يأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي
بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل
ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال
عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال باخذ ثلث العصير
كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون
عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان
ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان
فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل
ولها طريق آخر وفيما اكتفينا انه كفاية وهداية الى تخريج غيرها من
المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما
يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عم
لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك
كلبك كلب آخر فلا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق

لذلك

لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا
بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في
الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر
الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك
الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رض واسم الكلب
في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك
الاسد والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والذئب لخساسته
والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين
ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق به
باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل
ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن
ابن عباس ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب
ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش
متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب
فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل
ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا
لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض
قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على التعليم دون القليل والجمع
هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت
التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير
لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو
اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى يحل عنده ما اصطاده ثالثا وعندهما
لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلوم فكان

الثالث صيد كلب جاهل كالتصرف المباشر في سكوت المولى ولا بد من تعليمه
عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام
فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه
المعلم او بازيه وذكر اسم الله عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل
اكله لما روينا من حديث عدي رض ولان الكلب والبازي آلة والذبح
لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة
الرمي وامرار السكين ولا بد من التسمية عنده وان تركه ناسيا حل اكله
ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الزكاة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان
من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر الرواية
قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من
الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه
ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى
التاويل الاول وجوابه ما قلنا قال فان اكل منه الكلب او الفهد
لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم و
هو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رض وهو حجة على مالك وعلى الشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل
منها ثم اكل من صيد لا يوكل لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى
يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي
اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس
بمحرز بان كان في المفازة بعد يثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز
في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل
فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه
بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم
الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى
اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لانه بالاكل كتبدل اجتهاد الغالب قبل القضاء
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك

هذا الصيد

ما صار به

ما صار به معلما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم
الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح ولو اخذ الصيد من المعلم
ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يوكل ما بقي لانه لم يبق صيدا
فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه
لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد
فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يوكل لانه
صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد
فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يوكل الصيد
لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضر فاذا اكل منه ما بان و
هو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون
حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ
يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الآخر فلا يدل على جهله قال وان ادرك
المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يوكل
وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن
من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في
المذبوح لم يوكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو
قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على
الاستعمال ووجه الظاهر هو انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على الذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح
فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه
ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه
ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يوكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يوكل
عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة

الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة
لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى
المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل
اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب
بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم
استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو ادركه
حيا ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم يثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه حيا فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه
على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره
ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل
بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط
التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى
حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه
ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان
الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر
ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني
لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة

بخلاف ما

بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد
فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتل
ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال فلا يثبت
الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على
ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة
انه اذا كسر عضوا فقتله فلا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة
الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك
بالكسر فاشبه الخنق قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب لم يذكر اسم الله
عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم
فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح
معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح
وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي
ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين
لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى
اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل
دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف
الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما واذا
ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد
بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان
الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان
الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية
عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ
الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا
ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله
اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن

الجرح

او كلب مجوسي

الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما
كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بيناه والملك للاول لان الاول
اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر
الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد خروجه عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

قال ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب
صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد
وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت
الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها
ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم
الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح
في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما و
جلدا او لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى
صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب
لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت
اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب
صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان
الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو
ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة
او جراد فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى لا يحل
لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو
صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب
اذا جرح السهم الصيد فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط
التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه
بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع
السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان
قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عم انه كره اكل الصيد
اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت

بسبب آخر

بسبب آخر قائم فينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب
عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت
يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه
موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في
ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا قال واذا رمى صيدا
صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه
المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا
السقوط من علو يؤدي ذلك فيوهم لعدم رض وان وقعت رميتك في
الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك قال وان وقع على الارض
ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف
ما تقدم لانه يمكن الاحتراز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا
وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة يترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن
التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز
عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل
فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب
او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حدة هذه الاشياء قتلته ومما
لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر
بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض
سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت
بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمل شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك
وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع
عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس
في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عم
فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح
ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات
بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذا اذا رماه

بجرحه وكذلك ان جرحه في الهواء وبه اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله
بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان
الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه
ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا
اذا رماه بها فابان رأسا او قطع اوداجه لان العروق ينقطع بثقل
الحجر كما ينقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج
ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا الا اذا
كان له حدة يبضع فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا
كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده
فجرحه حل وان اصابه بحده فجرحه بقفاء السكين او بمقبض السيف لا يحل
لانه قتله دقا والحد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح
مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت
الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او لغلظ الدم وعند
بعضهم يشترط الادماء لقوله عم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط
الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة
لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه
القولين دخل فيما ذكرنا وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه
حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا
منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات
الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين
الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا
قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة
وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره
الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين
بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند
زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال

فصار

فصار بهذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما
يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا
القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل
فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ركبة او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الرأس او اكثر منه لا يحرم المبان ويحل المبان منه
لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا و
الاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه
لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة فيه بعد هذا الجرح
والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته حلال
بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة وابان رأسها يحل لقطع
الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفاء ان
مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب
صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا
مات حل اكله لانه بمنزلة ساير اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل
صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه
في الذبايح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانه من
اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو
الآخذ وقد قال عم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولا يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة
على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال
ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول
بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده
وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه
من الحياة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى
قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا عبرة

لها

عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبرة عنده على ما عرف
من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه
الصيد سواء ولا يحل بحال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته
لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا لانه بالرمي الاول المثخن وهو منقوص بجراحته
وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال واذا علم ان القتل حصل
بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم
الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول
منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة
لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن
ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا
نصفه وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان
بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان
اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب
فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه
ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل
لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بمأكول
اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي
الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء
باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه
من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي
انه عم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك
الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم
بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة

والصدقة

والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه وقال مالك يلزم بنفس
العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة
فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على
المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك
بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع
فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
ن لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان
من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن
محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه
فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم
بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال
الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عم لا يغلق
الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين
ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا
لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عم للمرتهن بعد
ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه
معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك وكذا اجماع الصحابة
والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة
خرق له والمراد بقوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان
يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رح عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء
وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل
نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم
الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ
على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون
موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة
جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء
الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد

عند زوال الغفوة

تنعطف

تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه
يتحقق بهذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء
الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة
حتى كانت نفقته المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا
قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا
حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده
تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين
هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت
موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو
تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله قال ولا يصح
الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
قال رض ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه
يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا يصح الكفالة
به وان كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق
ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه
فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة
قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته
والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر
فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان
كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء
بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته
يوم الرهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رض قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مضمونة
مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا
مروي عن ابن عمر رض الله عنه وعن عبد الله ابن مسعود رض الله عنهما ولان يد المرتهن يد

الاستيفاء

فانه يصح بالمغصوب

واستيفاء ما يكون من الجانبين

الاستيفاء فلا يجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترداد
فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رض الله عنه انه قال المرتهن امين في
الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق
بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم
فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب
المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز
ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار
الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين
اولا ليتعين حقه كما تعين حق المرتهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم
المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد
الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب
لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا
لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل و
مؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه
التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم
يلتزمه فلو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة
جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن الدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه
لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه
صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن
لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن للاستيفاء كل الدين
يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر
باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل
العبد الرهن خطاء حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن
على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من
احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمته بفعله
وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا قال ولو وضع الرهن على
يد عدل فامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار

الرهن

لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليطه من قدرته ولو
وضعه العدل على يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده
يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين
لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب
العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا قال ولو ان الذي اودعه
العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء
حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن
فتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به ولو كان الرهن في يده
ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقبض الدين لان حكمه الحبس الدائم الى
ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع واذا قضاه الدين قيل له سلم
الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى المستحق فلو هلك
قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض
السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا
الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على
الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك
في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك
لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن
وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط
غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل العقد بالتعدي قال وللمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال ومعناه
ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة
وان حفظه بغير من هو في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على
الاختلاف وقد بيناه في الوديعة واذا تعدى المرتهن
في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن
لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى
واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع

اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا

كان

كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان
ان لبسه لبسا معتادا يضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه
سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة ويضمن في السيفين
لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر
بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين
ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ
فيه الرهن على المرتهن وكذا اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان
في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له
فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله
ومشربه قال واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام
بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن
مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه
وكذا اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
رح ان كراء الماوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا
القسم جعل الآبق على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له
ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء
وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة
عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب
على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس
في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون
ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون
والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم
على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي
ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع
وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي يرجع عليه كان صاحبه
لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه

حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع
مسئلة الحجر **فصل ولا يجوز رهن المشاع** وقال الش رح يجوز
ولنا فيه وجهان احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء
وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده الشائع يقبل
ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم
لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق
من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق
الحبس ولو جوزناه في الشائع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما
اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة
وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والشائع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه
على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير
كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية
الاصل وعن ابي يوسف رح انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه
الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء
سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك و
اعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة
البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن
قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل
في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع
وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم
بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لا يجوز لامتناع
قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رض ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان
الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن
الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن قال ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة
ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا
للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من

غير

غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذلك يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل
في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية
لما ذكرنا قال ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي
يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن
جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار
المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها
ولا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل بها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون
رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا
في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على الدابة او لجاما
في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه
منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير
ذكره قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال
الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع
القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك
العين لم يضمن البائع شيئا لكنه سقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن
فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه
مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان
متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب القيمة فكان رهنا بما
هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة و
الفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك
الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال
يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له على
فلان فلا يصح الرهن ولو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا
لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته
لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن
الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء
فيضمنه قال ويصح الرهن براس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه

وقال زفر رح لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب
الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير
مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا
باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم
الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما فان افترقا قبل
هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما قال وان هلك الرهن
بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق
السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال
حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته
ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان
كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع
له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا
وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال ولا يجوز رهن
الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء و
لا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش ممكن
قال ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد
الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا قال ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا
غصبه وان كان المرتهن ذميا لا يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه
بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم واما الميتة فليس بمال
عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين
بحال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة
ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه

بدين

بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حر وهذا
كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا
ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رح خلافه وكذا قياسه
فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير
لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ
خيفة الغرامة قال ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي
بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز
ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو
الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال
وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير
المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه
للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع
مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند
ابي يوسف رح لا يقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع
نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه
او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور
شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه
الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز
لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في
البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب
والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن
من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم
بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن
لان له حكما واحدا فان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق
فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا
لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء قال واذا

رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده
حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه
بعد البلوغ لقيامه مقامه قال ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن
رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه قال ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله
بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او الوصي
الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج عن
الرهن ويهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ
لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال
دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد
في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي قال ولو استعاره في حاجة نفسه
ضمن للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه قال
ولو غصبه الصبي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده
فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي
حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان
كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم
عليه مثل ما وجب له عليه فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين
ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون
عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر القيمة
الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن
له لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا
حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو انه غصبه
واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ
لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب
او الوصي بغصب مال الصبي لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لان له

الصغير

لان له

لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان
كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع
الوصي على الصغير بذلك لما ذكرناه قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فاذا رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة
عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون
رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة
فضاع فهو بما فيه ومعناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار
القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين
مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه
لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة
لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض
فيجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد
حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب
الضمان لانه لا بد له من مطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين
يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت
ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا مع
فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف
ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن
ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين
قال ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند
ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين
لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الافتكاك مع النقصان
لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف
جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رح

لانه ليس بمتعد بل هو عامل له قال

وهو استثناء من الجودة

قبض الاستيفاء

ولا الى ان يفتكه

او خلاف

ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار
بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا فيصير بمنزلة الهلاك وفي
الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا
الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع
المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين
بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية فيضمن قيمته من خلاف جنسه جيدا او رديا من جنسه ويكون رهنا
عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رح لانه يعتبر
حالة الانكسار بحالة الهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رح يضمن قيمته ويكون
رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمون يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه هذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا يستحيل ان يكون
التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون
خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا
ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة
والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشرة
وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها
وفي تصرف المريض وان كانت لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط
والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري
شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس
انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد
لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب واذا كان الكفيل
حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح
العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا
حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه

فيفسد

فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن
تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار
حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول
الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن
البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف
مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء يثبت على
المعنى وهو القيمة ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك
هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى
الرهن والحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت
الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده ذلك كفالة وقال زفر
رح لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رح لان قوله امسك يحتمل الرهن و
يحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك
او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة
احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما
يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون
محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في
يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به
فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى
له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني
انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير شرطا في الاخر الا ترى
انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين
بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته
محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد
منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه
قال فاذا تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال
والمضمون على كل واحد منهما حصته دينه لان عند الهلاك يصير كل

361

واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان اعطى احدهما كان
كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق محله
بهذا الجنس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته فان رهن رجلان بدين
عليهما لرجل رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن
ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير
شيوع فان اقام رجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه هذا العبد
الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه
كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد
يستحيل ان يكون كله رهنا لذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله
لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف
لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه
يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وتحقيق في
كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف
ما يقتضيه الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة
الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس لا يكون وسيلة الى
شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان
قياسا لكن محمد رح اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان
الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما واقام كل واحد
منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه
بحقه استحسانا وهو قولهما وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف
رح لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء
بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حال الحيوة وجه الاستحسان ان العقد
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره
وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره فصار كما
اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا
البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل
الانقسام والله اعلم **باب الرهن** يوضع على يد العدل واذا
اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله
في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه

عند

عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك
في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان و
المضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من
الرهن فانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في
حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه
لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به
استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده يهلك من ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن
او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق
المالية وواحد منهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع
اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا
ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا
عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل
كذلك ولو فعل ذلك ثم قبض الراهن الرهن وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول
الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها
بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في
يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين
البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع
الرهن عند حلول الاجل فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت
في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت
في ضمن عقد الرهن فصار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة
الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه
كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي قال ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما
وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو
بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه

بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه قال وان مات المرتهن
فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه
واوصافه قال وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه
مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره
وعن ابى يوسف رح ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى
كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصى المضارب
بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث
لا يجرى فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب قال وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضى ببيعه قال وليس للراهن ان يبيعه
الا باذن المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع قال فان حل الاجل ابى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه والراهن
غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين فى المرهون وكذلك الرجل يوكل غيره
بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثانى وهو ان
فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان موكله يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما
المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ولو لم يكن التوكيل
مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده فقيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول
وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهذا اصح وعن ابى يوسف رح ان الجواب
فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل قال
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا
وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن
لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد
المرهون الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية
وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن
وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال وان باع العدل
الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار
ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى اعطاه و
ليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المبيع المرهون اذا استحق اما
ان يكون هالكا او قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن
لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد فى حقه بالبيع

والتسليم

وقف

والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع
على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
نفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء
رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد
باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان
انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع عليه فاذا
رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفى الوجه الثانى وهو ان
يكون قائما فى يد المشترى فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله
ثم للمشترى ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق
العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع
ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى
ادخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان
المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل
الثمن وقد قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين
كما كان فيرجع به على الراهن قال ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع
على العدل لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم
يقبض فبقى الضمان على الموكل قال ولو كان التوكيل بعد الرهن غير
مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض
الثمن المرهون ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع
كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل
ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد
لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخى رح وهذا
يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد
المرهون فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن
قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم
او بالقبض وان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان
فصح الايفاء وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بما ضمن من القيمة
وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض

اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رح والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه والملك بطريق كذا متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل قال واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المرهون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرناه وكذا هذا قال ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني

قال

قال ولو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل له في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال ولو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض قول الشافعي رح لا ينفذ اذا كان معسرا لابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ لا طريق لابطالها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الابق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغوا بل يؤخر الى السعاية عند ابي حنيفة رضي قال واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي وتاويله ان كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كانت الدين اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع على مولاه بما سعى اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فرجع عليه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه

يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميل
وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن
ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى الشريك في حالتي
اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت
للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الملك الثابت للشريك الساكت
فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف
رح والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه
في الاجارة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة
من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من
الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا
بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا
خلافا لزفر رح هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر
بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف
مابعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبر الراهن
صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع
على اصله قال ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد
بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ماللاب في جارية الابن فيصح
بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين
منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه
في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد
في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى
في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده
ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا
من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر
وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض
الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا

لانه

لانه يقضي به الدين قال ولو اعتق الراهن المديون وقد قضى عليه
بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق
ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى
قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه
بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين قال وان
استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة فيكون رهنا
في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة فالمعتبر في ضمان
الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه
لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك قال ولو استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه قال واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن
منها قدر حقه لانه جنس حقه قال ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه ملكه
وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بان تراجع السعر الى خمسمائة
وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط
من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك فسقط الدين بقدره ويعتبر
قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب
عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن
للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة
بين يد العارية ويد الرهن قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات
القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق
الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن
كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت
في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا
اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره
احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا

كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة
من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا
بعقد مبتدا قال ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة
للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فتبطل به حكم الرهن
اما بالاعارة لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن
من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان المرتهن لبقاء
يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية قال ولو هلك
في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد
الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه
ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه
متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو
قضاء الدين فيجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
كما ينفصل والاخر حق البايع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة رق
لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة قال ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير
مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس و
بالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض
وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ قال واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء
المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء
الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن
بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان
رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن
يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على
الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه و
وجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين
ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه

قال

قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن
للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه
متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب
ان لا يقبله قال ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد
ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه قال
ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في
الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول
قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه قال ولو رهنه المستعير بدين موعود
وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة
سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بيناه انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن
بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته
عنه قال ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم
المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء
ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون
رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرد الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد
العين قال ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة
قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند بمال ع
المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان
امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد
الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك
وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد
نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود
الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء وجناية الراهن
على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل
المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا
اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية

المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صغر الدين
وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه وجناية
الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال
اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان
الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء
الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على
غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه
وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال
المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرت
للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب
الضمان له مع وجوب التخليص عليه قال وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر
بالاتفاق اذا كان قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه
لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن
ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه
جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو
الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن
الراهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال
ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل خطأ وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن
يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء قال واصله ان النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رح هو يقول ان
المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة
عن فتور رغبات الناس وكذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء
فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر
بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم
الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه

بدل

بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على
دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية
فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء
من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا
للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربوا فيصير مستوفيا المائة ويبقى تسع مائة في العين فاذا هلك يصير
مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا
الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا وان كان امر الراهن ان يبيعه
فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسع مائة لانه لما باعه باذن
الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن
ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هنا وان قتله عبد وقيمته مائة فدفع
اليه مكانه افتكه بكله بجميع الدين وهذا عندهما وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء
افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح
يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف
بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر رح ان العبد الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط
شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رح في الخيار
ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض
والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما
ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه
ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان
الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تمليكه باداء الضمان مشروع
قال ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي
مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ
فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى
طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية
حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل
للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما كان

الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا اذا افدى لان
العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن
اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في
الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء
من الدين كما لو هلك في الابتداء قال وان فدا فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين
الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في
الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في
الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين
العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال
فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن
ويبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن
فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدر
دين العبد ويبطل دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد
يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه
وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ
الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله قال وان كان قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان النصف منه مضمون
والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن قال وفي الامانة على
الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز
في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضاء به فان تشاحا فالقول
لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال
حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا
في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك
يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض

صحيح

صحيح ولا اجبر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن
ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة
الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما
التزمه والحالة هذه كان متبرعا وعلى هذا ما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع
مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى قال ولو ابى المرتهن ان يفدي
وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط الدين
امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف
الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف
الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه
الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه
فيبقى العبد رهنا بما بقي قال ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع
وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهو قول ابي حنيفة رح وقالا والحسن بن زياد
وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه
الاجنبي ولابي حنيفة رح انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن
فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج
الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا
مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى به الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى
الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصية وان لم يكن له
وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين
اذا عجز واعن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره
ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة
عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء
الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه
جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن
اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده
واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال
رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء
الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع

يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء
فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد
الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب قال ولو رهن
شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو
رهن بدرهم لما ذكرنا لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود
حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث
لا يعود البيع لانه ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن لان البيع ح
يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول
يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن مثل اللبن والثمر والصوف والولد
لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري
اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل
لانها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها قال وان هلك الاصل
وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير
مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد
المبيع فما اصاب الاصل سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما
اصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل تخرج على هذا الاصل وقد
ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات قال ولو رهن شاة
بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لما الاباحة [illegible]
فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع
الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن الراهن فان لم يفتك الشاة
حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة
فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان
اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط
من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له
حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك الولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله
وكذا جميع النماء الذي على هذا القياس ويجوز قال ويجوز الزيادة في
الرهن ولا يجوز في الدين عندهما ولا يصير الرهن رهنا به وقال ابو يوسف

يجوز الزيادة

يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في
البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في
البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب
الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا
بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد
غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق في اصل العقد في بدلي العقد بخلاف
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه
زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول
يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين
وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان القبض
في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
قال واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل
واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد
الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام قال ولو كانت الزيادة مع
الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
قال ح فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال ولو رهن
عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف رهنا مكان الاول
فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن
الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه بالقبض
لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما ما رضيا بدخول احدهما فيه واذا رد الاول دخل الثاني لا بدخولهما ح
في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة
ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة

وبجدد

في يده ما لم يرده الى يوف وقيل تجديد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن
متبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة
ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة
عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم
هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن
مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه
يصير به غاصبا اذا لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا
بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا
كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء قال ولو استوفى المرتهن
الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه
رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء
ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء
لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب
مطالبة مثله فاما هو في نفسه فهو قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول
فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين
لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء لانه يزول
به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن
للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان
لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على
قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى
مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال
فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح وما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب
وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد و
لا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا
فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم

خالدا فيها

خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع
الامة قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد
بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل [تتكامل]
وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك
قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا
وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان
له حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره
لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من
الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة
والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم
قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعي تجب الكفارة لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه
في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى
العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع
الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث
للقاتل وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح
ولا اجري مجرى السلاح وقالا وهو احد قولي الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم
او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه
يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره
كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه
لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
و[illegible] الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة
من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها [لها]
على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى
الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة وموجب ذلك
على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ
والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء

لا انه يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء فتجب في ثلث
سنين لقضية عمر رض فتجب مغلظة وسنبين التغليظ من بعد ان شاء
الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في
سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه
العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد
وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم
وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة
والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهي على العاقلة ح
على العاقلة في ثلث سنين لما بيناه فلا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا
المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى فيحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد
الضرب موضعا من جسده فاخطأ واصاب موضعا اخر فمات حيث يجب القصاص
لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد وما
اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع
قال واما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف
فيه ادمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث
وقال الشافعي رح يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل
منه معدوم فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على
الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه
كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة وما دونها
لا يختص اتلافه بالة دون الة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية
فلما بيناها واما حقن الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق
المساواة ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح
لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى
الاية ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص

على المساواة

على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر
بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة
وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين
يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه
لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا
ما روي ان النبي عم قتل مسلما بالذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة
نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا على المساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح قال ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء
العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه
لقوله عم لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد
اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا
لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن و
القصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء
وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذلك الوالدة والجدة من قبل الاب او الام
وان علت او سفلت لما بيناه قال ويقتل الولد بالوالد ح لعدم المسقط قال
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه
لان القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة
ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل
ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان
فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز

فيجب التحرز عنه بما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح لانه لا يرى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فان له الولاء
ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا
ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم و
الحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي
به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح قال ولو
ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى
لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا
اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم في موته على نعت الحرية
او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها فان لم يترك وفاء وله
ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب
لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء فان العتق
في البعض لا ينفسخ بالعجز قال واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن فيشترط لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن
لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق
المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه لانه من الولاية
كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان
فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة
الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من
قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص
في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح
لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب
بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو
لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهذا اولى وقالوا القياس ان لا يملك
الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي

وفي

وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت
وقاية للنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال
والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى
ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن
قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق
الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان
بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في الولاية الانكاح
بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو ثابت من الغائب ومسئلة المولين
ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان
اصابه بالعود فعليه الدية وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل
السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رح
اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما
نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود
فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر
الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف
ابي حنيفة رح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقيل هو بمنزلة السوط وفيه
خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى
ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ
العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة
قد يستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول
الفعل عنه وعساه اصابه المقتل والشبهة دارئة للقود فيجب
الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وقالا
يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير ان عنده يستوفي حزا وعنده
يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عم من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة
فاستعمالها امارة العمدية ولا مرا في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة

372

للقتل والاستعانة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمد ولان
القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة
للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا تماثل
في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب والقتل بالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وفيما اوتيت له اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع
القصاص وجب الدية وهو على العاقلة وقد ذكرناه اختلاف الروايتين في
الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال
واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه
مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه
والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به
نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب بالدية اذا كانوا مختلطين
فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من
كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس
واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في
الاخرة حتى يأثم فيه وفي النوادر عندهما يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف
رح عليه هدر ولا يصلى عليه وفي شرح سير الكبير ذكر في الصلاة عليه
اختلاف المشايخ على ما بيناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا
وكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس
فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد
منهما ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه ولا شيء عليهم لقوله عم من شهر على المسلمين
سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين
طريقا لدفع القتل عن نفسه وله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في
الجامع الصغير يجب على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي سرقة جامع الصغير قال ومن شهر على رجل
سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر

فقتله

فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بيناه وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في
الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في
الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله رجل كان دمه هدرا قالوا فان كان
عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون
على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه فعليه الدية في ماله وقال الشافعي
لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه
يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا
عن نفسه قتله فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله
فاشبه المكره ولابي يوسف رح ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق
لا يجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا
للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان
عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل
منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود
المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر
فضربه ثم قتله الاخر فعليه القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من
ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا
واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم قاتل دون مالك و
لانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل
المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان
كان يده اكبر من يد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة
فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع
من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف
بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال
ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع
فان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال

في الكتاب يحمى له المرآة فيجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب
ضوؤها وهو المأثور عن الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى
والسن بالسن الآية وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة
السن لا تتفاوت بالصغر والكبر وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص
لما تلونا ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود
رضي الله عنهم وقال عم لا قصاص في عظم والمراد غير السن لأن اعتبار المماثلة
في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد
قال ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان وليس فيما دون النفس شبه عمد
وإنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي يختلف
باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق
إلا العمد والخطأ قال ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رح في جميع ذلك
إلا في الحر يقطع بطرف العبد ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها
ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في
القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت
في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله بخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق
الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي
بينهما في الأرش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة
فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم
ولا ضابط فيه وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهرا
قال وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع
فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء
أخذ الأرش كاملا لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون
حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد
الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء
مكان الجيد قال ولو سقطت المؤوفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما
فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره
فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث
يجب الدية وهو الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال

يجب عليه الارش صح

ومن شج

ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني
الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي
جانب شاء وإن شاء أخذ الأرش كملا لأن الشجة موجبة لكونها مشينة و
يزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل
ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير
كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا
للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته
إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف قال
ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن أبي يوسف أنه إذا قطع
من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط
فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن يقطع الحشفة لأنه موضع القطع معلوم
كالمفصل قال ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص عليه لأن
البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض
ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة إن استقصاها
بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه
يتعذر اعتبارها فصل وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على
مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له
من أخيه شيء فاتباع بالمعروف الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من
قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضاء على ما بيناه وهو الصلح
بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا
لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل و
الكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع
وغيره وإن لم يذكر حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل
في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لأنه ما وجب بالعقد
قال وإن كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح
عن دمهما على ألف ففعل فالألف على الحر ومولى العبد نصفان لأن عقد
الصلح أضيف إليهما قال وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح
من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم
من الدية وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا

374

لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عم بتوريث امرأة اشيم
الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من
قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن
الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق
الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع
فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف
ما اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من
غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط
القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل
وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من
المال في ثلث سنين وقال زفر رح يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين
فعفى احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا
ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب
في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا
قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه
اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة
للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل
له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين
المال قال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل
يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات
والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول
الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل
اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل
واحد جرح صالح للازهاق الروح فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله
واكتفى به قال ومن وجب عليه قصاص اذا مات سقط القصاص لفوات

محل

محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح
اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد
فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح تقطع يداهما و
المفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر
ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما
والمحل متجزى فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان
الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات
بطيئة فيلحقه الغوث وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها
قال وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف
الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في
التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت
الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي
بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر
الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يميني رجلين على التعاقب
يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية
لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى
لم يبق محل الاستيفاء فتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا
قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه
يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه
لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية
حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالي به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه
القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان قتل الاول عمد والثاني احد نوعي
الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده

او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع
يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع
بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع
بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع
فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد
تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة
وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم
اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع
يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع
متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة
في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او
لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود
على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد و
بخلاف ما اذا كان خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار
المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع
للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان قال ومن ضرب
رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من العشرة ففيه دية واحدة لانه
لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي
الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة
رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب
قال وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء
الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفى
المقطوع يده عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس
ثم ان كان خطأ فهو من الثلث المال وان كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا قول ابي حنيفة رح وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا
وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرت الى النفس ومات لهما
ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل
اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع

يتناول

يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن احد نوعيه
وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا
وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله
بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه فنحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة
له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله
العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة
وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القتل خطأ فقد
اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ في ذلك اطلاقه الا انه ان كان
خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق
به حق الورثة لانه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث واذا قطعت المرأة يد رجل
فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان
عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن القطع اذا لم يكن عفوا عما
يحدث عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا
كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج و
ان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى وان كان القطع خطأ يكون
هذا تزوجا على ارش اليد لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى
تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية في مالها لانه عمد والقياس
ان يجب القصاص على ما بيناه قال واذا وجب لها مثل مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان فضل في الدية ترده على الورثة وان كان في المهر
يرده الورثة عليها واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان
لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث
منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها

على خمر او خنزير ولا شيء عليها الا انه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه
بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان لا يصير مالا فانه
يسقط اصلا فان كان خطأ يرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم
ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر
بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنه فمن المحال ان يرجع عليهم
بموجب جنايته وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم لم يباشروا
بقتله فان كان يخرج من الثلث تسقط وان لم يكن يخرج يسقط ثلثه
وقالا كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو
عما يحدث عنه فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود
اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف رح انه سقط حقه في القصاص
لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا
ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا بدون العلم
قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفي وقد قضي له بالقصاص او لم
يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى
حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه
فكذا اذا سرى او عفى وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده
وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن وله
انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذه قطع وابانة وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا قال واذا
سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية
فيكون مستوفيا حقه فملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا
عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك
لا يظهر لعدم ضرورته بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم
يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع
وما عفى وبرأ الصحيح انه على الخلاف قال واذا قطع ثم حز رقبته

قبل البرء

قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة قياما فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف اذا استوفاه
لانه تابع للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الاطراف اذا استوفاه
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه فهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من
سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في
القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى
الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل
لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيرها والواجب
لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام و
لا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه
الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر
وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيدها بالاجماع وكذلك
الدين يكون لابيهما على آخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق
الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك لمن له الملك في المعوض
كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد
الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت
ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب
شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء
لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه
ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات
العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين
قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا فان كان الاولياء ثلثة
فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما

لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما فقد اقر بثلثي
الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو
ينكر فلا يصدق و يغرم نصيبه وان كذبهما فلا شئ لهما وللاخر ثلث الدية
ومعناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط
القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة و
ينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف
اليهما فان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره له بذلك قال فاذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش
حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة
وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه
لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات
وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل
في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل او قال احدهما انه
قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان القتل لا يعاد
ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل
بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف
احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا و
قال الاخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد وان
شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس
ان لا يقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل
موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود
عليه سترا عليه واولوا الذهبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح
ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله
لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل
واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا

بطل

بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود
المقر له كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له
والمشهود له غير ان تكذيب المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب
المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب
تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما الفسق المقر لا يمنع صحة الاقرار
فافترقا **باب في اعتبار حالة القتل** ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه
والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا
لا شئ عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن
موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر
حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي اليه وكذا في حق الكافر
في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا
فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية قال ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم
لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته
متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به
فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رضي الله عنه له ان العتق قاطع
للسراية قال واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي
اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت
الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع
والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو
وجب شئ لوجب للعبد فيصير البداية مخالفة للنهاية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف
شئ منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا بالرغبات فيه فلا يجب به الضمان
فلا تخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى قال زفر رح وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل
ثم رجع احد الشهود ثم وقع السهم فلا شئ على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح
الدم فيها قال واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ووقعت الرمية بالصيد لم يؤكل
فيها قال وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله يؤكل لان المعتبر حالة الرمي

في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فيعتبر الاهلية والاسلام عنده
قال ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء قال وان
رمى الحلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي
وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال
فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة
على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته
عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين الآية بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص
والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئ رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم
والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته
وهو الكفارة في الخطاء لما تلونا ودية عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله
مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله
ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها
اولادها لقوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة
من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك
فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت
لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ
ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال رضي الله عنه ولا يثبت
التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في
غير الابل لم يتغلظ لما قلنا وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا
عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا به والشافعي عليه
لروايته ان النبي عم قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال و
لان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور وغير ان
عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه
ما ذكرناه ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال

الشافعي رح عليه من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان
النبي عم قضى بذلك ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عم قضى
بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى انه قضى من دراهم كان
وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع
الثلاثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل
مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء
مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها الضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة ومائتي
بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف
وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رح عليه ما دون
الثلث لا يتنصف واما فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه
لعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال
ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة
آلاف درهم قال ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح عليه دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل
عنده اثنى عشر الفا وللشافعي رح ما ان النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني
اربعة آلاف درهم وقال ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عم دية كل
ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه
الشافعي رح لم يعرف رواية ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه
مالك رح فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال
في النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى
سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية هكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم
لعمرو بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس
منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية
لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله

قضاء رسول الله عم بالدية كلها في الشفتا والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة
فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن
او الارنبة لما ذكرنا قال ولو قطع المارن من القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه
عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع
بعضه اذا امتنع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو
قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم الدية على عدد الحروف تتعلق باللسان
فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر
انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق
عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق
والقصبة كالتابع له وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة
الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره
او شمه او ذوقه لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال
وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة الجمال وفي شعر
الراس الدية لما قلنا وقال مالك رح وهو قول الشافعي رح فيهما حكومة عدل لان
ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض
البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا
ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين
الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في
ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد
فعن ابي حنيفة رح انه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود
في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب
حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج
اذا كان النابت على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه
ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك بان كان على الذقن والخد جميعا لكنه
غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه
كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت

وان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب
على ارتكابه ما لا يحل قال وان نبت بيضاء وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص
قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه
ولا يزينه ويستوي في العمد والخطاء وعلى هذا الجمهور قال وفي الحاجبين
الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل
وقد مر الكلام من قبل في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين
الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا
روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عم قال في
كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عم لعمرو بن حزم
وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه
الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية وفي ثديي المراة الدية لما فيه من
تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المراة لما بيناه بخلاف ثديي
الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي
المراة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي
احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية
قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رضي الله عنه في الاصل
للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين
اذ هو يندفع بالهدب قال واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة
كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده
منبت الشعر والحكم فيه هكذا قال ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية
واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع
من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر
فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها
ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع و
هو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وفي كل سن خمس من الابل

لقوله عم وفي حديث ابي موسى الاشعري رح وفي كل خمس من الابل
والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض
الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء
فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا
ففيه القصاص وقد مر في الجنايات وقال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق
تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع
ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه تفويت جمال على
الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص
الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم قال والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله
كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم قال والباضعة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه قال والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم قال والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس قال
والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه قال والهاشمة وهي التي
تكسر العظم قال والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله
قال والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال في الموضحة
القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة
ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها
لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص
فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد رح في الاصل وهو ظاهر الرواية
يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس
فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ
حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعي رح وعمر بن عبد
العزيز رح وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية قال وفي الآمة ثلث الدية

ونصف عشر الدية

وفي الجائفة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي
في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية
وقال عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم
في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة
جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة
ثلث الدية فلهذا اوجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل
المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه
بدءا مروي عن ابي يوسف رح وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم
وبعد هذه الشجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة فلا يكون على حدة
ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الرأس والوجه
يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة العدل لان التقدير
بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي
يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان
هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك
رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق
من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما من غير فاصلة
فقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس
او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رح ان يقوم
مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين
فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع
عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية
على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت
جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه
ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية

لان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد
ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن
ابي يوسف رح انه ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ
لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق
التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا
ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال فان قطع الكف
من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين
فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف
والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع
بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل
من وجه فرجحناه بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة
وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب
قال ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب شيء في الكف
بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف
كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا
للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعرف صحته حكومة عدل و
قال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع
المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها
لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن
والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد الصوت ومعرفة الصحة
فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد
ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل
ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء
فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت

بسقط

يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في
الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل
واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما
ذكرناه من قبل قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع
الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة
تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية
فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بيناه وجه الثاني ان السمع والكلام
مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال وفي الجامع الصغير
ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رض الله
قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي
ان تجب الدية في العينين قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل
ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية
في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي
ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل
واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان
الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه
موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين
مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخر كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة
في الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
احدهما بالآخر فاورثت شبهة نهاية شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على
الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رض الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر رحمهم الله يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى وهو ما
اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية

مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان
الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان السراية
ما يجب فيه القصاص اذا تمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى
النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق
التسبيب الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة
رح قال ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين قال ولو قلع
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة
من الله وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما لو قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه تجب
حكومة عدل لمكان الالم الحاصل قال ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها
ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق
لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه
قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول
فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك القصاص الا ان
في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا
فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا
فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال ولو ضرب
انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه
فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة
فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك
بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي
لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يو

سف

رح انه يجب حكومة عدل الالم وستأتيك الوجهان بعد هذا ان شاء الله ولو لم تسقط
ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص
عليه لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر ففيه روايتان قال ومن شج
رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر فنبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح
لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة
عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه
اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ
ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رضي الله عنه يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بعقد او شبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه الارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق
اثره فهو على الاختلاف وقد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد و
الموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس
كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي
رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق
فلا يعطل ولنا قوله ع م يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل
وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال
القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله ع م لا تعقل العاقلة عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع
قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح
يجب في ماله حالا لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف
في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه
حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ
وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل و
التقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما
الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا قال

وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان
الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال
وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية
في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص
فيجب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم
عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه
جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة
المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة
فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على
العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى
يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا
القلم **فصل في الجنين** قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا
ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية معناه دية الرجل وكذا في الذكر وفي الانثى
عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي انه
عم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ونحوه مالك والشافعي رح
وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رح هو في ماله لانه
بدل الجزء ولنا انه عم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا
سماه عم دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة فيجب في سنة وقال الشافعي
في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما
روي عن محمد بن الحسن رح انه قال بلغنا ان رسول الله عم جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث
الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل
الى سنة لان بدل العضو ان كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر
يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث
سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين انما

ظهر

ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة وان القت حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القت ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة
بالقائها وقد صح ان النبي عم قضى في هذا بالدية والغرة قال وان ماتت الام
من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين
لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في
الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما
اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها
اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه
لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت
ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة
ولا ميراث للقاتل وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا
وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه
وضمان الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره
فصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا
ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب
السابق وكان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه
صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما
وعند محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق
قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب
الكفارة لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها
معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل
البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان
افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة
الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق
امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم

ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا ههنا في حق المشترك ويسع الذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له ذلك لقوله عم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم قال وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فيجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه قال وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة قال ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال قال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب قال ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه قال ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه

لنسخ

لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم قال وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا حيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه قال واذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء قال وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في خشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه قال ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا قال واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر بيرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته قال وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان الضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة

في الطريق ويتعلق به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله حال ولو وضع
حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه
لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني
موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان
امره السلطان بذلك واجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد فيه حيث
فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو
متعد فيه اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو
مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما
فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان
حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك
لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان
له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان
في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح قال ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه
الله عليه لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع
وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه
لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه هو ضامن
في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا
منه قال وان استأجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر
ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا
اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا امر آخر
بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور
ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن
ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه قال وان علموا ذلك فالضمان
على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال فان
قالوا هذا فناؤنا وليس لنا فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي
الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له
لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب

وبناء

وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك
لنقل الفعل اليه ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها
فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد
رجل المرور عليها لان الاول تعدى وهو تسبيب والثاني تعدى وهو مباشر
فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع
النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان
فعطب به فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء
قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين
والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة
واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه
مباحا مطلقا وعن محمد رحمه انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان
الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل
منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان
كان الذي فعل من غير العشيرة فعلق رجل من غيرهم ضمن لان هذه قالوا
هذا عند ابي حنيفة رحمه وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذا من القرب وكل واحد مأذون
في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد
ولابي حنيفة رحمه وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم
كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم
بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم
تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا
اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان
من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان
في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
على كل حال قال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه
في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على الاختلاف
قال واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان
المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان
الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة في الصلوة
حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة

قوله عم المنتظر للصلوة فهو في الصلوة ما دام ينتظرها

وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للصلوة
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو في خروج
عن ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى
الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم
فيه اذا انقلب الى غيره قال وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل
به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد انما بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان
كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه
وحده **فصل في الحايط المايل** قال واذا مال الحايط الى طريق
المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر
على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او من مال والقياس ان لا يضمن
لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه
والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان
ان الحايط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده
فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما
لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به
كذا هذا حتى يضمن اذا هلك في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم يجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة
حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق
بالحايط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام
منه قال ثم ما تلف به من النفوس يجب فيه الدية وتتحملها العاقلة
لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى
كيلا يؤدي الى الاستيصال والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب
والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم
اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته
عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل
اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد
قبل ان يهي الحايط لانعدام التعدي قال ولو بنى الحايط مايلا في الابتداء
قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء
كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم

لان

لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها
لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا قال ويستوي ان يطالبه بنقضه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من
كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند
السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به وان
مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص
قال وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل
الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها قال ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل
ذلك سكانها فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم
بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح
لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم قال ولو باع الدار بعد
ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع
تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم
ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه
ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب
به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهواء
ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمستاجر والمرتهن والمودع وساكن
الدار قال ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى
الوصي والى اب اليتيم او امه في حايط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات
والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له
والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف
بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس
بالمولى قال ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من
نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي
قال ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل
غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض
لان المقصود امتناع الشغل قال ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت

بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمن
لان التفريغ الى مالكها قال واذا كانت الحايط بين خمسة رجال اشهد على
احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته قال وان كانت
دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بيرا او بنى حايطا بغير اذن صاحبيه فعطب
انسان فعليه ثلثا الدية على العاقلة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا عليه
نصف الدية على العاقلة في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد
عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر
في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة
وهو الثقل المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة
فيجتمع العلل الا انه كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها
بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او
كبرت على ما عرف الا عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية **باب جناية
البهيمة والجناية عليها** قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما اصابت بيدها
او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت
برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط
السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل
الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه
من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه
ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان
لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال
وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا
صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن قال وان كان حجرا كبيرا ضمن
لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن
لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا
كالراكب لان المعنى لا يختلف قال وان راثت او بالت في الطريق وهي تسير
فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها

لذلك

لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك
فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في الايقاف لانه ليس من
ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق
به قال والسائق ضامن لما اصاب بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها والمراد النفحة هكذا ذكر القدوري رح في مختصره واليه مال بعض
المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز به
بخلاف الكدم لامكان كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح
وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة
عليه ما ذكرنا وقوله عم الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل
بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء
ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف
وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطاته الدابة بيدها او برجلها و
لا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه
لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء و
الكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب
حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطات الدابة لان الراكب مباشر فيه
كما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما
لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل
واحد منهما دية الاخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف الدية وروي عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله
وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه
كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او
حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح

وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا
لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن
الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي
رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا
بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ قال ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ
لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير
فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما
جنى ولم يخلف بدلا قال ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على
عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق
الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد
يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه
ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر فيما زاد عليه لعدم الخلف قال
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في
العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف
دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال

ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على سائر ادواته
كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في
العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس
على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو ضامن
لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه
حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه
والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة
فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان القائد
الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق
في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو
خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق
لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل

بعيرا

بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة
القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار
متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون
بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان
عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب
من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار
يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه
قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه ومن ارسل
بهيمة وكان لها سائقا فاصاب في فوره يضمن لان الفعل انتقل اليه
بواسطة السوق وان ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق
ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار
وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا اذا ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لا يضمن
ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق
ان البهيمة مختارة في فعلها ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها الى
غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى
المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان
وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي
الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في
فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها
ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال
في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل
لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الارسال وبخلاف
ما اذا ارسله الى صيد فاصاب انسانا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي
الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه اما
الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة
فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق
آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا

لا يقضى على صاحبها لقوله عم ح العجماء جبار قال محمد رح هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال
واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا
في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا
اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عم قضى في عين الدابة بربع القيمة
وهكذا قضى عمر رض الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب
والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك للاكل
فمن هذا الوجه يشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع
وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين
عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع لفوات احداها
ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون
الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رض الله عنهما ولان الراكب والمركب
مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان
الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه
متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان
القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب
لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان
على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة
والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه
اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت
رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا
كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن
يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة

للسير

للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا
فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق فمات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط
علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن
في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره
بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها
فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره
بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن
لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون
السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس
فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل
فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان
لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب
في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد
بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم بالصواب

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية
خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته
في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع
الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض الله عنهم له ان الاصل
في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه
فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال
ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا
عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في
العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون
فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية
على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي
اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع

في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب
لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه
ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالاً اما الدفع فلان
التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه
جعل بدلاً عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمى فداء
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل وايهما اختاره وفعله
لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم
العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه
على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة
العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية بالفداء جعل كان
لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه
الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل
واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون
المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه
الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان
كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه
بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا
لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى
ان يفدي من بعضهم بمقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة
باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان
له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد
لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث
خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير
مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق
يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع

والهبة

الثانية حكم الاولى بمعناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية صح

والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له
يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر والحقه
الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف
واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا
كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه
بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة
لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من
المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير
عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة
اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو
مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها
وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف
وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف
الاستخدام لانه لا يختص بالملك فلهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع
من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال
لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان
فعل ذلك وقال زفر رح لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له
بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق
الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط
ويثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق
الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا
اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا
اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه
يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتق

يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع
اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية و
ان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان
الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف
الحر فاذا استوى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ
المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف
ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح
لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح
الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به
يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي يكون العبد عوضا عن القليل يكون راضيا
بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء
واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد
الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ
رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه
فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى آخر
ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد
ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب
قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس
والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان
الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان
بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح
لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم
يمتنع العقوبة بهذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من
قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه
المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة

لاولياء الجناية

لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع و
يمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي
حيث يجب قيمة واحدة للمولى وتدفعها المولى للغرماء لان الاجنبي
انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا
يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا
استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين
وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها
واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية قال واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد
وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية
على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا
اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى
دفعا او فداء وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امرأتي وانا صبي
او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه
معهودا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك
وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها
الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
رح لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده
الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى وكما في الوطء و
الغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك
عليها وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى
وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة

فان القود قول المقر له وبهذا الا انه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن
يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن
بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه
من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة
معهودة منافية للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله
فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على
ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان
باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة
الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر
الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا
محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر
في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والقاتل عبد صغير
لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين العبد والحر قال
واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما
فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفا
احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال
من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب
العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ
فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف
للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي الخطأ لانه لما انقلب العمد
مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد
في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد
عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي
العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة
واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا
وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة

اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه
المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال واذا كان عبد بين
رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في
بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رح وفي اكثرها مع ابي يوسف رحمهما الله

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف
درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو
غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت
بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد
الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه
ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة
الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما
فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة
المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد
قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة
الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير
القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا
لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال وفي
يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الآدمي
نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر
من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو
بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه
تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه
المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص
منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى
القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص

في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا
الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة
الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب
على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في
الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل
واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت واذا اجتمعا
زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى
المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين و
الوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط
فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا
يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية
للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول فوجب القول و
لا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف مسئلة لان
ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل
لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا
للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد
فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه على اعتبار ان يكون الحق
له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له
الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما
نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه و
يبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عنده رح والله اعلم
قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فالارش
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا
مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق
ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا
للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا والواحد منهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر

بخلاف

بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم
نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى
ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة
التصرف واثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر
الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن
فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه
ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ
ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة
ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع
احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي
معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه
لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال
فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه
قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت
معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا
لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية
لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان
لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم
ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه
ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار
كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن
الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر

من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف العتق لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا يوجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير فهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان وجوب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

فصل

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده

جناية اخرى

جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق عجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذه السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان الحق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب كما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع على الغاصب هذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول ثم وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما ينتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية

لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه
المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في
الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية لان الثانية كانت في يد
المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل
عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال
ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة
او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن
في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق
الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا
ورقبة وبه اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا
اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا نقله اليه
وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل
منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى
لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى و
الامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال
واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله
لم يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يواخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويواخذ به بعد العتق
وعند ابي يوسف والشافعي يواخذ به في الحال وعلى هذا الاختلاف الاقراض
والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا يدل
على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما
انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه
وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقامه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه
لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما

وبخلاف

وبخلاف ما اذا كان الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في
حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة
بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال فان استهلك مالا ضمن
يريد به من غير ايداع لان الصبي يواخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق
العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى
لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رح يقضى بالقود
اذا كانت الدعوى في قتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون
هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او
شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية
عليهم للشافعي رح في البداية بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم خمسون
انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له
كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عم البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه وروى
ابن المسيب ان النبي عم بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود
القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق
به النفس المحترم وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح
على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية و
لا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عم في حديث
عبد الله بن سهيل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين
عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا

انه عم جميع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهيل وفي حديث
زياد بن مريم رضي الله عنهما وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عم
تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرءة عما
وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر
القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم
لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطاء ومن ابى منهم
اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا
يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه
ولهذا تسقط ببذل المدعا وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية هذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو
ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه
اطلاق الجواب في الكتاب فهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح
في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين
من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعا عليه
يمينا واحدا ووجه ان القياس ما بيناه فان قال الاحتمال وجود القتل من غيرهم
وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعا عليهم والمدعي يدعي
القتل عليهم فيما وراه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل
على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة
لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص
لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
اوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان ثبت ما ادعاه
اذا كان له بينة فان لم تكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل فالدعوى في المال ثبت
به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مر مضى في كتاب الدعوى سنذكره
ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت اليمين الايمان عليهم
حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه
تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين

ثم قضى

ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك لان الخمسين واجب
بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها
بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح
واليمين قول قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين
على اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل
في العرف هي فانت حيوته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه
والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم
فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة
او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خروج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها
الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج الدم من فيه او دبره او ذكره لان
الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد
ولو وجد القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف معه الرأس في محلة فعلى
اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من
النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي
بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا
لو اعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان
والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة
لا تجب في الموجود وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل
لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء
على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا
وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا
وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان
اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان

مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عم اتى
بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه
في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين
فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول
على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث
فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال و
لا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال
ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما يكون بالملك يكون بالسكنى
الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر
ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل
خيبر فالنبي عم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على
اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل
مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا
الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه
ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما
شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة
لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار
فيشاركونه في القسامة قال واذا وجد القتيل في دار مشتركة نصفها
لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير

فيكون

فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها
حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما
فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه
خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه
انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار
الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى
انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات
اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو
كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ
به يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله
العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب
اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة
فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة
على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشتمل اربابها حتى تجب
على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك
سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف رح ظاهر والفرق لهما
ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة
بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع
الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم
وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في
السوق ان كانت مملوكة فعند ابي يوسف رح تجب على السكان وعندهما على المالك
وان لم تكن مملوكة كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه
لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف
رح الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم

والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون
فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق
المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه
تفريعة المالك والساكن وهي مختلفة فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح قال
وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع
الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وان
وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به
الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو
كالموضع على الشط والشط في يد من هو بقربه منه الا ترى انهم يستقون منه
الماء ويوردون بها دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص
اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى الولي على
واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه في القياس و
الاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق وهو ان
وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر لانه منهم بخلاف ما اذا ادعى على غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم
وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم
ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتيل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط الفقد لشرطه قال واذا
التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين
اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اولئك صح
على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال
ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه اما سقط به الحق على اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد
في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من
الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان
القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان

العدو

العدو قتلهم فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك
فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه
قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له
قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف
على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه
فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله
لم تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم
فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء
بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه
وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس وان ادعى على واحد
من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم يقبل الشهادة لان الخصومة
قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطع عن نفسه فكان متهما وعن ابي
يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لانهم اخبروا
انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه لا قسامة لان الذي حصل في القبيلة
او المحلة ما دون النفس فلا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش
وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان
كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير
الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله
فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس
قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها
وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبل من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل
نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل للورثة فيجب على عاقلتهم

بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله تبقيت الدار
على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت
وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رح يضمن الآخر
الدية وقال محمد رح لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان قتله الآخر
فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رح ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه

فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة
فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها يكرر عليها الايمان والدية على
عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة
ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من
اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة
متحققة قال المتأخرون رحمهما الله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في

هذه المسألة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد
رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها
قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا
لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد
والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
اي يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها
على العاقلة قوله عم في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان
النفس محترم لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه
العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم
اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما
خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا
هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة ان كان من اهل
الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات
وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي
رح الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عم ولا نسخ بعده
ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه
لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من

الصحابة رض

من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل تقرير معنى
لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء
والعقد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى
ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرف وان كان
بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى
منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عم ومحكي
عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل
سنة مرة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود
وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو
اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها

لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث
عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية واذا كان
جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالعقل
ثلث دية النفس او اقل كانت في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل عمدا فهو في ماله في ثلث سنين
وقال الشافعي ما وجب على القاتل عمدا فهو في ماله فهو حال لان التاجيل
للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس

يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل رجل عشرة خطأ فعلى كل
واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب
الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما

في الولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم

وهي معتبرة في المعاقل وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على

اربعة دراهم وينقص منها قال العبد الضعيف عصمه الله كذا ذكره القدوري
رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص
محمد رح على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح وان لم يكن
تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك

لمعنى التخفيف ويقسم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم
فاما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند
الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع
القبيلة لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا
حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك لان خمسة دراهم نصف
دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال
فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كان عاقلة الرجل اصحاب
الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث
لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت
المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يؤخذ
منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد
القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق
بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج
بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر و في كل سنة فرضت الدية في
الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق
لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات يكون في الديوان
قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما
يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال
الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي
عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب
الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان
عقل لقول عمر رضي الله عنه لا تعقل العاقلة صبيا ولا امرأة ولان العقل
انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان
والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية

وعلى

وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل
لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه
ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة
كفرض ازواج النبي عم ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به
اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر
آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم فيعقلونهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة
والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة
بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل ومن جنى
جناية من اهل المصر وليس له في عطائه واهل البادية اقرب اليه ومسكنه
المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لم يشترط ان يكون بينه وبين
اهل الديوان اقرب هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر
ويقومون بنصرتهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء
وقيل تاويله اذا كان قريبا وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل
البادية اقرب من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر
اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير المسئلة الغيبة
المنقطعة ولو كان البدوي نازلا بالمصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر
لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له كما ان اهل البادية لا يعقل عن
اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل
معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته بمنزلة المسلم لانهم
التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن
الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن له عاقلة معروفة فالدية
في ماله في ثلث سنين يوم نقضانها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب
على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم يوجد بقي عليه
بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية في
ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس

بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار
يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه
الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة و
قال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا
حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب بعد القضاء لما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه
عاقلته فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف
ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة
القاتل يؤخذ من عطائه بالبصرة لانها يؤخذ من العطايا وعطاؤه بالبصرة
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء حيث يضم اليهم اقرب القبائل في
النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين
لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة بالدية
ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد القتل قضى القاضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على
عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من البادية قضي
بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير
الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها في اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه
نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية
تقضى من ايسر الاموال والاداء من العطايا ايسر اذا صاروا من اهل العطاء
الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل و
العطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول
لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه
لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل
عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصرون به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي

وقد

وقد مر في الولاء ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر
فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا
ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل
للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل
عرف بالشرع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين
القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية
في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عم اوجب
ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه
يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ولهذا
كان في مال الجاني اخذا بالقياس ولا تعقل العاقلة جناية العبد الا ما لزم
بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم الولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي
لان التاجيل من وقت القضاء الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو
تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة فكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولو لم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون عطاء معهم في يلزمه
بقدر حصته لان في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم واذا جنى
الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا
وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك
الاموال على ما عرف في احد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا
رحمهم الله القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا يوجب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة واذا مات كان ميراثه
لبيت المال وكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية

شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على الجاني لانه هو
القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة يتحملها تحقيقا
للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
تعقل عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب وان عقلوا عنه ثم
ادعاه الاب رجعت عاقلة الام تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند
الاكذاب تبين ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان
بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب
فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء
وله ولد مسلم فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة
عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر جزء من
اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك
رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلته الدية رجعت بها على عاقلة
الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث
سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان الديات تجب مؤجلة
بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة
والاصل الذي تخرج عليها ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه
ولا بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة
خفية مثل دعوة الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء او لم يقع
ولو لم يتخلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت
لوقت القضاء فان كان قضاء بها على الاول او الثانية وان لم يكن قضى بها
على الاول فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه
فمن احكم هذا الاصل متأملا فلا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظاير و
الاضداد والله اعلم

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية

وما يجوز
من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال
مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا
اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله
مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف الممات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط

منه

٥ منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصوده الحال و
لو امتد به البقاء يصرفه الى مقصده الحالي وهو مشروع الوصية فشرعناه
ومثله في الاجارة بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة
كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عم ان الله تعالى تصدق عليكم
بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم
او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من
غير اجازة الورثة لما قلنا وسنبين ما هو الافضل ان شاء الله تعالى ولا تجوز
بما زاد على الثلث لقوله عم في حديث سعد رضي الله عنه الثلث و
الثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا
لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب
تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به
عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا
ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه
ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت
عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر
انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى
وتلاشى لان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند
من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضاء ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرنا
وكلما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند
الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من
الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا
اجازه بيع الراهن قال ولا يجوز عمدا او خطأ بعد ان كان مباشرا قال
ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لقوله عم لا وصية للقاتل ولانه
استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي

يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل
الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز
لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة
لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه لقوله عم ان الله تعالى
اعطى لكل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى البعض
في تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه
وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى
ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا
نظير الوصية لانه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث
على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه
الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم
فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعضهم يجوز على المجيز بقدر
حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر
فالاول لقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية و
الثاني لانه بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين
الاية وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها
فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما
لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء
كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم
بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية
باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون
بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عم افضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء جميعا وان
كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك هبة من القريب والاول اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى

وقيل

وقيل في هذا الوجه يتخير لاشتمال كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة
او الصلة فيتخير بين الخيرتين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا
لزفر وهو احد قولي الشافعي رحمهما الله هو يقول الوصية اخت الميراث
اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية
ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه
بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى
يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في
ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف
على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع والاستحسان
ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا
مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين لانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم
فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته
اليها ولا يصح وصية الصبي وقال الشافعي رح يصح اذا كان في وجوه الخير لان
عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له
بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس
من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول
على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك
جائز عندنا وهو تحرز به الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع
والضر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم اتفاق الحال اعتبره
بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا
اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا
ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور الاهلية فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في
الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق
المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا يصح وصية المكاتب وان ترك
وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا يصح وعندهما يصح ردا
لها الى المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك وعلى الخلاف

404

فيها معروف عرف في موضعه وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من
ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية
اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة المحض لانه لا
لاحد عليه لتمليكه شيئا لانه تمليك واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما
اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح
في الموجود وكالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراد الحمل بالوصية
فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه منه
اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع
قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة
وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب
يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام
مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي
كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل لو فعله
يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا
فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به
والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة
ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى له من جهته بخلاف تجصيص
الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف اوجب زوال الملك الموصي فهو
رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان
الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها
رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار بهذا المعنى اصلا ايضا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله
عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح
وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي

في الماضي

في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي
والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود
لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح
فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون
رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة
لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس
للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال فهي باطلة تركت لانه اسقاط
ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع
الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة
واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول
لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا
حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق فبقي الاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت **باب الوصية بثلث المال** قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله
ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما
اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان
اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد
منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر
حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصارت ثلثة اسهم
لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة
اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق

فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان
لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في
التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا
اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق
بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي
الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا
بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية
باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير ولان
نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل
الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول
ايضا فينظر الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه قال ولو اوصى بسهم
من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على
الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما
في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا ان يزيد على الثلث
ويرد اليه وانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عم فيما يروى
ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة
عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا هذا كان
في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة
لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس
واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثاه ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله

فله

فله جميع ما بقي من ماله وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منها مشترك بينهم و
المال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا
كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم
في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة
لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها
وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل و
الموزون بمنزلته لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من
رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول
ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما
للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكورة
قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين
دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج
دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف
لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين
فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء
فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو
ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي
هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث
بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لغو عنده فكان راضيا بكل الثلث للحي
وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان
قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من
قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان و
سكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له فاكتسب مالا
استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى
ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا
كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم

الأعم الأغلب
سند

قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت
فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند
الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لان الوصية لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا
لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة
من مالي وليس له غنم يعطى قيمة الشاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان
مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة
ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها
تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم
بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى
بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة
اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وعن محمد رح يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما
في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك
في القرآن وهو قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس المراد منه اثنان فكان
من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان
الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب
والثلاثة للثلاث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان
ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين
ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا
الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم ولآخر بمائة
درهم ثم قال للآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة
لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين كان الاشتراك
لانه يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته

كل واحد

كل واحد تنتصف بنصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال
لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى
الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار
بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه
صار مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل
الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية
جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول
فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد
الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما و
عساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل
واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه
فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا
في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا
تنفيذا لاقرار كل فريق بقدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم
ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية
الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وما لا يملك فصح في الاول وبطل
في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح
باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف
ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي
لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما فيصح في من
يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة

في المال ولا في وجه الإشارة بدون الوصف لأنه خلاف ما أخبر به و
لا إلى إثبات الوصف لأنه يتضرر الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض
الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر لا يزال
يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإثبات تكون
أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة
أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب و
لا يدري أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم
أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك
فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
فبطل قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود
فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد
وثلث الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب الجيد
لا حق له في الرديء بيقين لأنه إما أن يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيهما
وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لأنه إما أن يكون وسطا
أو جيدا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى
في محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد
وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال وإذا كانت الدار
بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم فإن وقع
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رح نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح مثل ذرع نصف
البيت له أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ
الأول ويتوقف الثاني وهو أن تملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة
لا ينفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموا
ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف
البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا
للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت
تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث
لا يتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على

مابيناه

على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة
لأن الظاهر أنه قصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون
بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت
إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع و
إنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر
ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه أو لأن مراد الموصي من ذكر
البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع
في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير
أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر
كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق
مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة
أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له
بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة و
أربعون فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم [illegible]
وكل [illegible] فهو حال الصحة على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة
وهم بخمسة وأربعين فيصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان
مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له
أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم
إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح
وصيته ولا تنفذ قال ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب
المال بعد موت الموصي بأن دفعه فهو جائز وله أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على إجازته وإن أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع عن التسليم
بخلاف ما أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها
صحيحة لمصادفتها ملكه نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوا سقط
حقهم فينفذ من جهة الموصي قال وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر
أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا
استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لأن إقراره

بالثلث لم تتضمن اقراره بما زاد انه اياه والتسوية في اعطاء النصف فينبغي
له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما
فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين
مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث
شريك الوارث فلا يسلم له الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه
نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف
التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت
الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية
اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة
قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له
وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح ياخذ ذلك من الام فان
فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة فقال رجل له
ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات
فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية
تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق
فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد
تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض
الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع
في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه
لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض
ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان
فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له
لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل في حالة اعتبار**
الوصية واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم
تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم
بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل
بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الاخر يؤخر عنه بخلاف

الوصية

الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث
والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان
حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم
الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او
وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان
كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر
في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي
طارية وقت الاقرار ولو هي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار
لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا وعتق
لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو
اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له فهو ابنه والوصية لما ذكرنا
ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في
الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات فهي في مرض الموت بمنزلة
الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا
تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم
العهد صار طبعا من طبايعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عندما اصابه ذلك ومات من
ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى
فيكون مرض الموت **باب العتق في المرض** قال ومن اعتق عبدا في مرضه
او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع
اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب
بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة
به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم
الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما
نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع
المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة

لان بالنبوة تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق
الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى
فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين جميعا والاصل فيه
ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب
بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع
في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة
في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي
في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق وانما قدم
العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى وانه لا يلحقه الفسخ من جهة
الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما
من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان
العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى
لانها يثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته
والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفع الاضعف
فاذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة
وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين
المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم
اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ما اصاب العتق قسم
بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان
يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه ما بقي عند ابي حنيفة
رح وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها
شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن
يشترى باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج
لانها قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى

لرجل

لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على
اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عنده حتى تقبل
عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعندهما حق العبد حتى لا تقبل
البينة من غير دعوى واختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك
ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز
الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم
الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه فلهذا لا سعاية عليه قال ومن اوصى
بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع
قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له
لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فان خرج
به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية
لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن
اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد
فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول
قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له
البينة ان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث و
الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد
لانه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا
فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم
فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى
في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار

لان الموصى له يدعي استحقاق ما يبقى من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة

بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان
يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فدفعناه من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد و
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان
الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف
اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال الرجل لي على الميت الف درهم دين
وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما
سواء **فصل** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض
منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من
النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما
قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي
رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
رح وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا
في الفرضية فالزكوة يتعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام
بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة
والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات
في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق
على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض
قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك
قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها
مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله الحج من بلده ولهذا يعتبر
فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال
راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان
لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه
لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي

قصد

قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو
اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج
عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في
الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف
سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى
الحج من بلده على ما ذكرناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم
ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس
لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص
وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد
تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل
من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق
وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي
رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي
فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم
ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له
وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امراته لما روي ان النبي عم لما تزوج صفية رضي الله عنها اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهذا
التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من
زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار
ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق
الوصية وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية

تزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى ختنا
قيل هذا في عرفهم واما في عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي
فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن
اوصى لاقاربه فهي الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه
الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال صاحباه الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام
وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب
ما اختلف فيه المشائخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي
طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون
اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه
اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب
الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون
اقرباء ومن سمى والده قريبا يكون منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف
الناس من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه
لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده
يفيد ما ذكرناه وعندهما بالاب الاقصى في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب
الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة
رح اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لابد
من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى
لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها
اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما
وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما
وهي اقوى والعمة وان لم يكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب
رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسابه في جميع
ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة
بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهو على زوجته عند ابي حنيفة رح
وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد

بالنص

بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في
الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته
لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب
عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل
بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث
يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم
او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم
واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا
لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي
في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة
فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في
اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه
تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في
الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان دخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح
اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام
لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور
والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما
واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده
التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال
اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا وله ان الاسم يتناولهم

لان لكل منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان
احدهما يسمى مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمها
لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف ان لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية
من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون
لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت
حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد
الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة
وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم
على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالاة عقد
الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي
لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق
وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف
اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
اعتقوهم لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرزون ميراثهم بالعصوبة
بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء باب الوصية بالسكنى والخدمة
والثمرة ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنينا معلومة ويجوز
ويجوز بذلك ابدا لان المنافع تصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وبغير بدل
فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة
حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم
ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض
لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها و
المعنى يشملها قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث فسلم اليه يخدمه
لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره
خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين
كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى

والوصية تضاف الى حال الموت صح

المهاياة

المهاياة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث
حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه لا يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا
الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو
الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار
وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له
ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث
وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال
ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب
الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الى وارث الموصى له
استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات
الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها
بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا
استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو
ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم
من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر
العبد او الدار وقال الشافعي رح له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك
تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها على
اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت
فلا يملك تمليكها ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة
على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف
والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره و
المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وانما يثبت هذه الولاية لمن
يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون تمليكا لها بالصفة

الدار صح

المشتري يملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان تمليكا اكثر
بما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا
ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود
الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون
ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد
الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه
بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم ودنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن مال غيره كان له ثلث غلة
تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن ذلك
الا في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك
ذلك فكذلك للموصى له لانا نقول المطالبة بالقسمة يبتني على ثبوت الحق
للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه
في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى ان يخدمه عبده ولآخر
برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر
فيعتبر بهذه الحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في
الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له
فكذا ان اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من ان الملك
يثبت فيها بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بالامة لرجل وبما في
بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم وللآخر بفصه او قال
بهذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب
الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احدهما من الجانبين
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له
بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه
في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له
بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية
لا يلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول

سواء

سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رح ان اسم الخاتم يتناول الحلقة و
الفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك
ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص
فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل
الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن
الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة
لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه
فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام
موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فيتبين انه اوجب لصاحب
الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم
مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا
فله هذه ثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد لانه
لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما
الغلة ينتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال
فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما
غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا
يقع على الانفراد الا بدليل زايد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها
او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على
ظهورها من الصوف يوم موت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب
عند الموت فيعتبر قيامها بهذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان
القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية
بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه لا يجوز ايراد العقد
عليها اصلا فلا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا
بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة
او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح

والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا يصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى دارہ بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية
فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار
المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند
ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية باطلة لان هذه معصية
حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها
من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم وما
يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة
معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه
ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان
البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملكه بان يصير محررا
خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة
فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
ولم تتحرز لتعلق حق العباد به وهي في هذه الصورة يورث المسجد
ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت
مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول
ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون
قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي
بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان القوم غير
مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا
ولا يكون قربة في حقهم كما اذا اوصى بالحج وبان يبني مسجدا للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والجهة مشهورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز
سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة
وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم
كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا

وفي حقهم

وفي حقهم الا ان يكون القوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى
اذا كان لا يكفر فهو جائز في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء
الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف
في تصرفاته بين ابي حنيفة رح وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها
لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي
دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد
على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم
في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمته باعتبار الامان والامان كان
لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي
على ورثته وذلك في حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت
او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا
لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في
حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه لا يجوز لانه من اهل
الحرب وهو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة
الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا
بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى
الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته
صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع
ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على
التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه
التصرف فلا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات
الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية
الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة
الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من
الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل

فيباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت
فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لم يتوقف على العلم كالوراثة اما
التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات ش
الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم
من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك
ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل
لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور
بالثواب ودفع الادنى وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية
يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك
فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال
الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه ولو قال
بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية
بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي
عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه
الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم
ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيبطل وقيل في الكافر باطل
ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر
في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه
من الحجر بعدها والمعادات الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق
المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه
في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى
عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع
نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته
وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز
عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه ويروى مرة
مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح وجه القياس ان الولاية منعقدة

لان

لان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب
المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه
تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب
مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان
الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا الموصي
اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو
المروي عن ابي حنيفة رح او نقول فيصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله
وتغيير الوصف بتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام
بالوصية ضم القاضي اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل
النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة
غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه فلو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل
به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه
فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان
يتقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي
له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه
اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان
في الاحياء لاخرجه منها وعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له
قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله
تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء
لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت
لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة
وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان
الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى

بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل
واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته
بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للموصي ولهذا
يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني
استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة ولا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال
الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا
وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا
وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية
فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه
من يقع في يده فكان من باب الاعانة لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد
بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه
الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وقبول ما يخشى عليه التوى و
التلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير
خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية
قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما
جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما
عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد قيل
ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على
الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في
الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان
الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما
عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر
نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رح الحي منهما وان كان يقدر على التصرف

فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي
آخر مكانه الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده
في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر فلا يحتاج القاضي الى
نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح
لا ينفرد بالتصرف لان الموصي يتصرف وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه
ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى قال واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصية في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي
رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حال حيوة
والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي
كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد
قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة
غيره فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني
فيه منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية
قبل تتميم مقصوده بنفسه لتوفي ما فرط منه صار راضيا بايصائه
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له
عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة
الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي
خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته
عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما
الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد
بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون خليفة عنه عند غيبته
حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال
فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له وضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا
قال واذا كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت

من ثلث ما بقي وكذلك اذا دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف
رح ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع تمام الثلث وقال
محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا
ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي
قام مقامه ولابي يوسف رح ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي
محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم يعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل
القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا
قابض لها واذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن
اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له
غايب فقسمته جايزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل
القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح
حتى لو حضر الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال
واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض الموت
فهو جايز لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز فيه
بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام
مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما ههنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق
بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق
العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة
لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد
اخذ الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول لا يرجع
لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رح
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة

عليه

عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة
حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة
قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان
قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك
واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال
الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية
نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض
الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله
لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره ره
انسداد بابه والصبي الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن
الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف
الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا
من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشرى على حدة
لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل
فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب
من فلان وصي فلان لما بيناه وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال
وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما
سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار
ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغايب الا انا استحسناه لما انه حفظ
لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار
محفوظ بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب
بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا
الجواب في تركة هؤلاء لان الوصي قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من
باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال اليتيم
الشافعي رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز

الميراث فيقدم على وصيه ولشان بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه
ر٥ فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار
الموصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه
قال وان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه
واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب
في التصرف لما بيناه **فصل في الشهادة** واذا شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها
لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا
هذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة ووجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون
شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت
بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه واذا شهدا ان الميت اوصى
الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة
ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره
فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود
عليه قال واذا شهد الوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في
غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهدا لوارث كبير
يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت
الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف شهادتهما وله انه يثبت لهما
ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة
بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد ~~الوارث~~
رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل
ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق منهم للآخرين
بوصية الف درهم لم يجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رح فيما ذكر الخصاف
مع ابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف مثل قول محمد رح ووجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا
لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه

الرد

الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال
ولو شهد انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما
ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة
فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد
المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه
الصورة مثبتة للشركة **كتاب الخنثى فصل في بيانه** قال
المصنف رح اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من
الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عم سئل
عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي كرم الله وجهه مثله
ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان
ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي فان كانا في السبق سواء فلا تعتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة
قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج لا يدل على القوة لانه قد يكون
لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء
فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته
او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له
ثدي مستوي لان هذه من العلامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي
المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه
من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه العلامات
المعالم **فصل في حكم الخنثى** قال رح الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاوثق والاحوط في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم

وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال
والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم
ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف
النساء فاحبّ الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف
الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله والذي خلفه
بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان
يصلي بقناع لاحتمال انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه
ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد
ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع
امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد
جاز قال ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر
اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه
امرأة لانه عساه رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع
الامام له جارية من بيت المال تختنه لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا
اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء
عنها ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان يكشف قدام الرجال
او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير
محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى
يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة
افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى
يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي
حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا
وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل
وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا
لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل
قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله
رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى عن

احتمال

احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا
غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو
احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية
لا يضره وان مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال
انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر
واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل
بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه
رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه
عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في
خمسة اثواب لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا
فقد زادوا على الثلث ولا بأس بذلك قال ولو مات ابوه وخلف
ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو
انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله فقال
محمد رح المال بينهما من اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة
وقال ابو يوسف رح المال بينهما سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة
لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة
الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة
وذلك يضرب باربعة وذلك سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون
المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون بينهما اثلاثا فاحتجنا الى
حساب له ثلث ونصف واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما
نصفان وفي حال لكل واحد ثلاثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن
اربعة فسهمان ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف
فيكون له سهمان ونصف ثم انكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب
من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة
ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به فيما
زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك
فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه

بالمتيقن كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل بان مات رجل وترك خنثى
لاب وام وزوجة وامّا للخنثى اسوأ الحالين ولو قدرناه ذكرا
فحينئذ يعطى له نصف الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو
ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرأة
واخوين لام واختا لاب وام وهي خنثى فعندنا في الاول للزوج
النصف وللامّ الثلث والباقي للخنثى اقل النصيبين وفي الثانية
للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل
النصيبين فيهما **مسائل شتى** قال رح واذا قرئ على الاخرس
كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما في الكتاب فاوى براسه
اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز
ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي
والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق
لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما يعتبر اذا صارت معهودة
معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط
جاء من قبله حيث اخّر الوصية الى هذا الوقت واما الاخرس فلا تفريط
منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا ينقاسان وفي
الآبدة عرفناه بالنص قال وان كان الاخرس يكتب كتابا او يومئ
ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه و
يقتص منه وله ولا يحد له بالقذف ولا قاذفه اما الكتابة فلانها ممن نأى
بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عم ادّى واجب التبليغ مرّة
بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيّب والمجوّز في حق الغايب العجز
وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين
مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير
مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح
الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو
بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت
حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد

ولا يختص

ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق
العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ
بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد له للشبهة ولا يحد ايضا
بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق
بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه
لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق او اقر بالقتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد و
هذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت
مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة
لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع
الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب
ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك
فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول
الى نطق الغايب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان
الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الكتابة مع القدرة على الكتابة
لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب
وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان
لم توجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم توجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق
من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض
لما بيّنا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وهذا التفسير لمعتقل اللسان
قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر
تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا
اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما حالة الضرورة يحل له التناول في جميع
ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية
اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير
ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة

421

والاضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة بمنزلة حمنزلة
الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه و
الاستطاع والامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج
كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا
نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه
والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب والحمد لله وحده
وكفى والصلوة والسلام على خير خلقه محمد المجتبى
وسلم تسليما تم الكتاب بعون الله الملك
الوهاب في مدينة القسطنطنية المحمية عن يد
العبد الفقير محمود بن احمد القيصري القاضي
بقضاء وراد بن سابقا نال الله تعالى
ما يتمناه بمنه ولطفه وكرمه
وقع الفراغ في وقت الضحى
من يوم الجمعة في اخر ذي القعدة
الشريفة
لسنة تسع وثمانين
والف من الهجرة
النبوية عليه
افضل
التحية
١٠٨٩

II И. Бр. 43.633